



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1990 Vol. 3

1^{er} cahier, 1990 Vol. 3

Cited as [1990] 3 S.C.R. 3-228

Renvoi [1990] 3 R.C.S. 3-228

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co. 191

Insurance — Automobile insurance — Duty of insurer — Compulsory public automobile insurance plan — Appellants not having underinsured motorist coverage — Whether government-owned insurer obliged to inform its customers about all types of coverage available to them.

Torts — Negligence — Duty of care — Compulsory public automobile insurance plan — Appellants not having underinsured motorist coverage — Whether government insurer obliged to inform its customers about all types of coverage available to them — If so, whether insurer liable for failing to fulfil its duty.

Appeal — Powers of appellate court — Whether Court of Appeal erred in departing from trial judge's findings of fact.

Costs — Whether trial judge erred in awarding appellants costs on a solicitor and client basis.

Houle v. CNB 122

Civil responsibility — Abuse of contractual rights — Criteria — Type of liability: contractual or delictual — Liability to third parties — Civil Code of Lower Canada, arts. 1024, 1053.

Civil responsibility — Bank — Abuse of contractual rights — Liability to third party — Bank liquidating company's assets

Continued on next page

SOMMAIRE

Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba 191

Assurance — Assurance-automobile — Obligation de l'assureur — Régime public et obligatoire d'assurance-automobile — Les appelants n'avaient pas souscrit la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — L'assureur public avait-il l'obligation d'informer ses clients de tous les types de protection qu'ils pouvaient souscrire?

Délits civils — Négligence — Obligation de diligence — Régime public et obligatoire d'assurance-automobile — Les appelants n'avaient pas souscrit la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — L'assureur public avait-il l'obligation d'informer ses clients de tous les types de protection qu'ils pouvaient souscrire? — Dans l'affirmative, l'assureur est-il responsable de ne pas avoir rempli son obligation?

Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en s'écartant des conclusions de fait du juge de première instance?

Dépens — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accordant aux appelants leurs dépens comme entre procureur et client?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

only three hours after demanding payment of company's loan — Bank aware at the time of shareholders' negotiations to sell their shares of company — Shares sold at reduced price following liquidation of company's assets — Shareholders suing bank for difference between value of shares before liquidation of company's assets and amount obtained from sale — Whether there has been an abuse by the bank of its contractual right to realize on its security — Whether shareholders have a right of action against the bank based on company's contract or on art. 1053 C.C.L.C.

Company law — Lifting of corporate veil — Bank liquidating company's assets only three hours after demanding payment of company's loan — Bank aware at the time of shareholders' negotiations to sell their shares of company — Shares sold at reduced price following liquidation of company's assets — Shareholders suing bank for difference between value of shares before liquidation of company's assets and amount obtained from sale — Family business — Long-term financial relationship between bank and shareholders — Personal guarantees given by shareholders to secure company's loan — Whether shareholders have a right of action against bank for damage caused to company — Whether appropriate case to lift corporate veil.

Damages — Additional indemnity — Motion for additional indemnity filed in Supreme Court of Canada after prescribed time — Whether motion should be granted — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48 — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29.

R. v. Kirkness 74

Criminal law — Homicide — Single transaction principle — Principle derived from first degree murder classification — Whether or not single transaction principle extends to manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5).

Criminal law — Attempts — Party to offence — Common intent — Agreement to break and enter — One party sexually assaulting and murdering victim — Accused asking companion not to strangle victim but otherwise not preventing or dissociating self — Whether or not accused aiding and abetting crime of manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(1), (2).

R. v. Kokesch 3

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Perimeter search — Narcotics — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether right subject to a reasonable limit prescribed by law — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Warrant to search accused's house obtained pursuant to information gathered during perimeter search — Accused's right against unreasonable

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Houle c. CNB 122

Responsabilité civile — Abus de droits contractuels — Critères — Type de responsabilité: contractuelle ou délictuelle — Responsabilité envers des tiers — Code civil du Bas-Canada, art. 1024, 1053.

Responsabilité civile — Banques — Abus de droits contractuels — Responsabilité envers des tiers — Liquidation par la banque de l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt — Banque alors au courant des négociations entreprises par les actionnaires pour vendre les actions de la compagnie — Actions vendues à un prix réduit après la liquidation de l'actif de la compagnie — Poursuites intentées par les actionnaires contre la banque pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente — La banque a-t-elle abusé de son droit contractuel de réaliser sa garantie? — Les actionnaires ont-ils un droit d'action contre la banque en vertu du contrat conclu par la compagnie ou en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C.?

Droit des compagnies — Levée du voile corporatif — Liquidation par la banque de l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt — Banque alors au courant des négociations entreprises par les actionnaires pour vendre les actions de la compagnie — Actions vendues à un prix réduit après la liquidation de l'actif de la compagnie — Poursuites intentées par les actionnaires contre la banque pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente — Entreprise familiale — Longues relations d'affaires entre la banque et les actionnaires — Prêt de la compagnie garanti personnellement par les actionnaires — Les actionnaires ont-ils un droit d'action contre la banque pour le préjudice causé à la compagnie? — Y a-t-il lieu de «lever le voile corporatif»?

Dommages-intérêts — Indemnité additionnelle — Demande d'indemnité additionnelle présentée en Cour suprême du Canada après les délais prescrits — Faut-il accueillir la demande? — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48 — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29.

R. c. Kirkness 74

Droit criminel — Homicide — Principe de l'affaire unique — Principe découlant de la catégorie des meurtres au premier degré — Le principe de l'affaire unique s'étend-il à l'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5).

Droit criminel — Tentatives — Partie à une infraction — Intention commune — Entente sur l'introduction par effraction — Agression sexuelle et meurtre commis par une partie — L'accusé a demandé à son compagnon de ne pas étrangler la victime, mais sans l'en empêcher autrement ni s'en dissocier — L'accusé a-t-il aidé ou encouragé la perpétration de l'infraction d'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

search and seizure infringed by warrantless perimeter search — Whether narcotics seized in accused's house during subsequent search undertaken pursuant to valid search warrant should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. Wong 36

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether admission into evidence of videotape would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Admissibility of videotape — Whether video surveillance without authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of the Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic video surveillance — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether video surveillance infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Kokesch 3

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Perquisition périphérique — Stupéfiants — Perquisition policière sans mandat et sans motif probable du terrain entourant le domicile de l'accusé — Le droit de l'accusé contre une fouille, une perquisition et une saisie abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, le droit est-il assujéti à une limite raisonnable prescrite par une règle de droit? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition policière sans mandat et sans motif probable du terrain entourant le domicile de l'accusé — Mandat de perquisition du domicile de l'accusé obtenu à la suite des renseignements recueillis au cours de la perquisition périphérique — Droit de l'accusé contre les fouilles ou saisies abusives violé par la perquisition périphérique effectuée sans mandat — La preuve des stupéfiants saisis au domicile de l'accusé au cours de la perquisition ultérieure en application d'un mandat valide devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. c. Wong 36

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — Admissibilité d'une bande magnétoscopique — La surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — L'utilisation de la preuve obtenue en violation de la Charte est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance magnétoscopique — Preuve obtenue par une surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique viole-t-elle le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 3, 1990

3^e volume, 1990

Craig Lawrence Kokesch *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. KOKESCH

File No.: 21266.

1990: February 21; 1990: November 22.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Perimeter search — Narcotics — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed — If so, whether right subject to a reasonable limit prescribed by law — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, s. 10 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Admissibility of evidence — Bringing administration of justice into disrepute — Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds — Warrant to search accused's house obtained pursuant to information gathered during perimeter search — Accused's right against unreasonable search and seizure infringed by warrantless perimeter search — Whether narcotics seized in accused's house during subsequent search undertaken pursuant to valid search warrant should be excluded — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

The accused was charged with possession of marijuana for the purpose of trafficking and with cultivating marijuana contrary to ss. 4(2) and 6(1) of the *Narcotic Control Act*. During the investigation, the police conducted a perimeter search of the accused's residence. While doing so, they heard electrical humming from the basement, noticed plywood nailed to the wall of the residence covering a louvered metal vent and, from the side of the plywood, detected an odour of marijuana as well as heat coming from the area. The search was made without a warrant and, as the police conceded, without

* Chief Justice at the time of hearing.

Craig Lawrence Kokesch *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. C. KOKESCH

N° du greffe: 21266.

1990: 21 février; 1990: 22 novembre.

^b Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Cory et McLachlin.^c EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille et saisie abusives — Perquisition périphérique — Stupéfiants — Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé — Le droit de l'accusé contre une fouille, une perquisition et une saisie abusives a-t-il été violé? — Dans l'affirmative, le droit est-il assujéti à une limite raisonnable prescrite par une règle de droit? — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 10 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Admissibilité de la preuve — Déconsidération de l'administration de la justice — Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé — Mandat de perquisition du domicile de l'accusé obtenu à la suite des renseignements recueillis au cours de la perquisition périphérique — Droit de l'accusé contre les fouilles ou saisies abusives violé par la perquisition périphérique effectuée sans mandat — La preuve des stupéfiants saisis au domicile de l'accusé au cours de la perquisition ultérieure en application d'un mandat valide devrait-elle être écartée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

^h L'accusé a été inculpé de possession de chanvre indien, en vue d'en faire le trafic et d'avoir fait la culture de chanvre indien, en contravention des par. 4(2) et 6(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Au cours de l'enquête, les policiers ont effectué une perquisition périphérique de la résidence de l'accusé. Pendant leur recherche ils ont entendu un bourdonnement électrique venant du sous-sol, ils ont remarqué un morceau de contre-plaqué cloué au mur de la résidence pour couvrir un évent à lames et, du côté du contre-plaqué, ils ont senti une odeur de chanvre indien ainsi que de la chaleur venant de cet

* Juge en chef à la date de l'audition.

reasonable and probable grounds to believe that an offence had been or was being committed on the property, contrary to s. 10 of the *Narcotic Control Act*. The visual, olfactory and aural observations could not have been made without going onto the property. As a result of that search, the police gathered enough information to obtain a warrant to search the accused's residence, where they seized a number of marijuana plants. This evidence formed the basis of the two charges. On a *voir dire*, the trial judge held that the evidence had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and ordered a new trial. The Court held that the perimeter search was not unreasonable, and that, even if an infringement of s. 8 had occurred, the admission of the evidence would not bring the administration of justice into disrepute.

Held (Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

(1) *Section 8*

The accused's rights under s. 8 of the *Charter* were violated by the warrantless search conducted by the police of the perimeter of his dwelling-house. The police had no statutory authority to conduct that search. The perimeter of a dwelling-house is a "place" within the meaning of s. 10(1) of the *Narcotic Control Act* but the police officers involved in the search did not have reasonable and probable grounds for believing that the "place" contained a narcotic and, therefore, did not comply with s. 10(1). The police also had no authority under the common law to trespass upon the accused's property to conduct the perimeter search. The common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language. In the absence of lawful authority, the perimeter search must be found unreasonable.

(2) *Section 1*

The perimeter search of the accused's dwelling-house was not "prescribed by law" in accordance with s. 1 of the *Charter*. The search was a police initiative undertaken without lawful authority.

endroit. La perquisition a été faite sans mandat et, comme les policiers l'ont reconnu, sans motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction avait été ou était en train d'être commise sur la propriété en contravention de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les observations visuelles, olfactives et auditives n'auraient pu être faites sans entrer dans la propriété. Par suite de cette perquisition, les policiers ont recueilli suffisamment de renseignements pour obtenir un mandat de perquisition de la résidence de l'accusé où ils ont saisi plusieurs plants de chanvre indien. Ces éléments de preuve constituent le fondement des deux accusations. À l'occasion d'un *voir-dire*, le juge du procès a conclu que la preuve avait été obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'a écartée en conformité avec le par. 24(2) de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. La cour a conclu que la perquisition périphérique n'était pas abusive et que, même s'il y avait eu violation de l'art. 8, l'utilisation de la preuve ne déconsidérerait pas l'administration de la justice.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'article 8*

Les droits de l'accusé en vertu de l'art. 8 de la *Charte* ont été violés par la perquisition périphérique de sa maison d'habitation effectuée sans mandat par les policiers. Ceux-ci n'étaient pas autorisés par la loi à effectuer la perquisition. Les environs d'une maison d'habitation sont un «endroit» au sens du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*, mais les policiers qui ont participé à la perquisition n'avaient pas de motifs raisonnables et probables de croire que l'«endroit» contenait un stupéfiant et ils ne se sont donc pas conformés au par. 10(1). La common law ne reconnaissait pas non plus aux policiers le pouvoir d'entrer sur la propriété privée de l'accusé pour y effectuer une perquisition périphérique. Les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires. En l'absence d'autorisation légitime, la perquisition périphérique est abusive.

(2) *L'article premier*

La perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'accusé n'était pas prescrite «par une règle de droit» conformément à l'article premier de la *Charte*. La perquisition était une initiative policière entreprise sans autorisation légitime.

(3) *Section 24(2)*

The nexus between the unconstitutional search of the perimeter of the dwelling-house and the subsequent discovery of the evidence is sufficiently close to conclude that the evidence was "obtained in a manner that infringed" s. 8 of the *Charter*. The observations made by the police during the perimeter search formed the foundation for the warrant obtained to search the observed premises. The temporal link was not broken by any intervening events.

It is appropriate for this Court in this case to consider *de novo* the question of the admissibility of the evidence under s. 24(2) of the *Charter*. The trial judge placed undue and unsupported weight upon a finding that the police gave little consideration to other investigatory techniques, and he did not consider the other sets of factors which this Court has determined to be of relevance to a s. 24(2) analysis. Moreover, the s. 24(2) analysis undertaken by the Court of Appeal was clearly *obiter*.

Per Wilson, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ.: The evidence should be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. While the evidence obtained as a result of the search was real evidence and its admission would not tend to affect the fairness of the trial, the police conduct represents an extremely serious *Charter* violation. The unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques was neither an excuse nor a justification for the police's action. Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, they must leave the suspect alone. They should not try to gather evidence illegally and unconstitutionally. When they do so, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise. Any other conclusion would lead to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. From the point of view of individual privacy, the illegal intrusion onto the accused's private property cannot be seen as trivial or minimal. Even before the *Charter*, individuals were entitled to expect that their environs would be free of prowling government officials unless and until the conditions for the exercise of legal authority are met. Further, the seriousness of the *Charter* violation was not mitigated by good faith on the part of the police officers involved in the perimeter search. The search was conducted with the knowledge that legal search powers under s. 10 of the *Narcotic Control Act* were unavailable; and the police officers did not misapprehend the scope of their authority. The police must be taken to be

(3) *Le paragraphe 24(2)*

Le lien entre la perquisition périphérique inconstitutionnelle de la maison d'habitation et la découverte subséquente de la preuve est suffisamment étroit pour permettre de conclure que les éléments de preuve ont été «obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à l'art. 8 de la *Charte*. Les observations faites par les agents de police au cours de la perquisition périphérique ont servi de fondement au mandat obtenu pour effectuer la perquisition des lieux observés. Le lien temporel n'a pas été interrompu par des événements survenus dans l'interval.

Il s'agit d'un cas où notre Cour peut réexaminer, sous le régime du par. 24(2), la question de l'admissibilité de la preuve obtenue par suite de la perquisition. Le juge du procès a accordé une valeur indue et injustifiée à une conclusion suivant laquelle la police a donné peu d'importance à d'autres techniques d'enquête et il n'a pas tenu compte de l'autre groupe de facteurs que notre Cour a jugés pertinents dans une analyse en vertu du par. 24(2). En outre, l'analyse en vertu du par. 24(2) entreprise par la Cour d'appel était nettement une opinion incidente.

Les juges Wilson, La Forest, Sopinka et McLachlin. Les éléments de preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Bien que la preuve obtenue par suite de la perquisition était une preuve matérielle et que son utilisation ne porterait pas atteinte à l'équité du procès, la conduite des policiers constitue une violation extrêmement grave de la *Charte*. L'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification à la conduite des policiers. Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille. Elle ne devrait pas tenter d'obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Lorsque la police agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. Sur le plan de la vie privée, l'intrusion illégale dans la propriété privée de l'accusé n'est ni anodine ni minime. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre des fonctionnaires fureteurs à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions requises pour exercer leurs pouvoirs légaux. En outre, la gravité de la violation de la *Charte* n'était pas tempérée par la bonne foi des agents enquêteurs qui ont participé à la perquisition périphérique. Ils ont procédé à la perquisition en sachant qu'ils ne disposaient pas de pouvoirs légaux de perquisition en vertu de l'art.

aware of this Court's judgments delimiting police powers. Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2). Where police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been "in the execution of his duties". Finally, the administration of justice would suffer far greater disrepute from the admission of this evidence than from its exclusion. This Court must not be seen to condone deliberate unlawful conduct designed to subvert both the legal and constitutional limits of police power to intrude on individual privacy. The section 8 violation was flagrant, and the disrepute to the justice system that would necessarily result from the admission of the impugned evidence could not be counterbalanced by speculation about the disrepute that might flow from its exclusion.

Per Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting): The evidence found during the lawful search of the accused's dwelling-house is admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. First, real evidence, unlike self-incriminating statements, does not have a detrimental effect upon adjudicative fairness. Second, the "seriousness of the *Charter* violation" does not militate against the admission of the evidence. The violation arose as a result of a misapprehension of the law on the part of the police officers. Their error as to the scope of their authority to engage in the search was not an unreasonable one, and it was certainly not unreasonable for them to assume, as the Court of Appeal decided, that a perimeter search would not infringe s. 8. Further, although a *Charter* violation preceded the lawful search undertaken pursuant to prior judicial authorization, the subsequent search was not sufficiently "tainted" to render the fruits of that lawful search inadmissible. The nature of the unconstitutional intrusion was minimal, and the police infringed an interest for which the objective expectation of privacy was comparatively low. The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed. Finally, it is significant that the police did obtain a search warrant prior to the actual search of the dwelling-house. All these factors reinforce the trial

10 de la *Loi sur les stupéfiants*; et les policiers ne peuvent prétendre qu'ils avaient mal compris la portée de leur autorité. La police est censée être au courant des arrêts de notre Cour qui délimitent ses pouvoirs. Ou bien les policiers savaient que c'était une violation de propriété ou bien ils auraient dû le savoir. Tout doute qu'ils pouvaient avoir quant à leur capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier la bonne foi aux fins du par. 24(2). Lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions». Finalement, l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait son exclusion. Notre Cour ne peut donner à penser qu'elle tolère une conduite illégale délibérée visant à passer outre les limites légales et constitutionnelles du pouvoir de la police de s'immiscer dans la vie privée. La violation de l'art. 8 était flagrante et la déconsidération du système judiciaire qui résulterait nécessairement de l'utilisation de la preuve contestée ne peut être compensée par la déconsidération hypothétique que pourrait entraîner son exclusion.

Le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents): La preuve matérielle découverte au cours de la perquisition légale de la maison d'habitation de l'accusé est admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Premièrement, la preuve matérielle, contrairement à des déclarations auto-incriminantes, n'a pas d'effet sur l'équité de la décision. Deuxièmement, la «gravité de la violation de la *Charte*» ne milite pas contre l'utilisation de la preuve. La violation résulte d'une mauvaise compréhension de la loi par des agents de police. Leur erreur quant à la portée de leur pouvoir d'effectuer la perquisition n'est pas déraisonnable et il n'est certainement pas déraisonnable pour eux de prétendre, comme la Cour d'appel l'a décidé, qu'une perquisition périphérique ne porterait pas atteinte à l'art. 8. En outre, bien que la violation de la *Charte* ait précédé la perquisition légale effectuée en application d'une autorisation judiciaire préalable, la perquisition subséquente n'est pas suffisamment «viciée» pour rendre inadmissibles les fruits de cette perquisition légale. La gravité de l'intrusion inconstitutionnelle est minime et les policiers ont violé un intérêt pour lequel l'attente objective en matière de vie privée est comparativement faible. La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d'autres moyens d'enquête semblaient impossibles. Enfin, il est révélateur que la police ait effectivement

judge's determination of "good faith" on the part of the authorities. Third, in the present circumstances, it is the exclusion of the evidence that would do violence to the repute of the justice system. Although not trivial, the breach of the accused's *Charter* rights was far less severe than would be the case in a search of his person. The manifest culpability of the accused, in combination with the low level intrusion on his reasonable expectation of privacy from the *Charter* breach, weighs heavily in favour of the admissibility of the evidence.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; **referred to:** *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62.

By Dickson C.J. (dissenting)

R. v. Collins, [1987] 1 S.C.R. 265; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2; *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8, 24(2).
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 4(2), 6(1), 10(1)(a) [rep. & sub. 1985, c. 19, s. 200].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364, allowing the Crown's appeal from the acquittal of the accused on charges of possession of a narcotic for the purpose of trafficking and of unlawfully cultivating marijuana con-

obtenu un mandat de perquisition avant la perquisition réelle de la maison d'habitation. Tous ces facteurs appuient la conclusion de «bonne foi» de la part des autorités à laquelle est arrivé le juge du procès. Troisièmement, dans les circonstances, c'est la décision d'écartier les éléments de preuve qui aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire. Bien qu'elle ne soit pas anodine, la violation des droits que la *Charte* reconnaît à l'accusé est beaucoup moins grave que le serait une fouille de sa personne. La culpabilité manifeste de l'accusé, conjuguée au faible degré de violation de son attente raisonnable en matière de vie privée, milite fortement en faveur de l'utilisation de la preuve.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; **arrêts mentionnés:** *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62.

Citée par le juge en chef Dickson (dissident)

R. c. Collins, [1987] 1 R.C.S. 265; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97; *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967); *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2; *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62; *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225; *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454; *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8, 24(2).
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 4(2), 6(1), 10(1)a) [abr. & rempl. 1985, ch. 19, art. 200].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 46 C.C.C. (3d) 194, 43 C.R.R. 364, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à des accusations de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le

trary to the *Narcotic Control Act*, [1988] B.C.D. Crim. Conv. 6060-01, 3 W.C.B. (2d) 265, 11 C.R.D. 850.50-11. Appeal allowed, Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

David M. Rosenberg and Paul S. Rosenberg, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and V. Gordon Rose, for the respondent.

The reasons of Dickson C.J. and L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

DICKSON C.J. (dissenting)—

The Facts

The appellant was charged on an indictment that, on or about November 5, 1986, at or near Shawnigan Lake, British Columbia, he unlawfully had in his possession a narcotic, cannabis (marijuana), for the purpose of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1; and that he was unlawfully cultivating marijuana contrary to s. 6(1) of the Act.

On November 5, 1986, R.C.M.P. officers entered the appellant's residence, pursuant to a search warrant dated November 4, 1986, and seized marijuana plants. This evidence formed the basis of the two charges. Prior to the commencement of trial before Cashman Co. Ct. J., counsel agreed to a *voir dire* in order for the trial judge to consider the admissibility of the seized evidence. For the purposes of the *voir dire*, counsel relied on the testimony which had been adduced at the preliminary hearing. The reasons of Cashman Co. Ct. J. on the *voir dire* provide a thorough summary of the events leading up to the seizure of the evidence:

The events commenced on October 30th, 1986, and what occurred is best described in the evidence of Constable Povarchook. He said that his first involvement with the matter was on October 30th, 1986, and on that day he and other members of the Drug Section were performing surveillance as a result of information which

trafic et de culture illégale de chanvre indien en contravention de la *Loi sur les stupéfiants*, [1988] B.C.D. Crim. Conv. 6060-01, 3 W.C.B. (2d) 265, 11 C.R.D. 850.50-11. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

David M. Rosenberg et Paul S. Rosenberg, pour l'appelant.

S. David Frankel, c.r., et V. Gordon Rose, pour l'intimée.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE EN CHEF DICKSON (dissident)—

Les faits

L'appelant a été inculpé par voie de mise en accusation d'avoir eu en sa possession, le 5 novembre 1986 ou vers cette date, à Shawnigan Lake (Colombie-Britannique) ou dans les environs, un stupéfiant, cannabis (chanvre indien), en vue d'en faire le trafic en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, ch. N-1; et d'avoir fait la culture de chanvre indien en contravention du par. 6(1) de la Loi.

Le 5 novembre 1986, des agents de la G.R.C. sont entrés dans la résidence de l'appelant, en vertu d'un mandat de perquisition daté du 4 novembre 1986, et ont saisi des plants de chanvre indien. Cette preuve a servi de base aux deux accusations. Avant le commencement du procès devant le juge Cashman de la Cour de comté, les avocats se sont mis d'accord sur la tenue d'un voir-dire pour examiner l'admissibilité de la preuve saisie. Aux fins du voir-dire, les avocats se sont fondés sur les témoignages produits à l'enquête préliminaire. Les motifs du juge Cashman relatifs au voir-dire donnent un résumé complet des événements qui ont abouti à la saisie de ce qui a servi de preuve:

[TRADUCTION] Les événements ont commencé le 30 octobre 1986 et ce qui s'est passé est mieux décrit dans le témoignage de l'agent Povarchook. Il dit s'être occupé de cette affaire pour la première fois le 30 octobre 1986; ce jour-là, lui et d'autres membres de la section des stupéfiants exerçaient une surveillance par suite de ren-

they had received from the Surrey Detachment [of the R.C.M.P. The information they received was that the driver of a truck on the ferry to Vancouver Island was suspected of being involved in the cultivation of marihuana]. They went out to the Swartze Bay ferry terminal in Sidney. At approximately 1440 hours they observed a green Toyota pickup with a white canopy come out of the ferry terminal and head south on the Pat Bay Highway. They were unable to follow this vehicle directly due to traffic, but caught up to it as it was travelling up the Malahat north of Victoria. He then observed it turn onto the South Shawnigan Lake turnoff. At no time did he have an opportunity to observe the driver of that vehicle. At approximately 1534 hours he drove by the residence of 1985 West Shawnigan Lake Road and observed the pickup which he had seen earlier parked near the house on that lot.

The following day, October 31st, he drove by the residence at approximately seven thirty in the morning and saw that the pickup truck was still there. Later in the afternoon he went up in the forces helicopter and took aerial photographs of the residence and the general area, and observed what appeared to be a white vehicle, but he was unable to make out just what vehicle it was.

On the 4th of November, 1986, at approximately two o'clock in the morning, he went to this house with Constable Handy and they conducted what he referred to in his evidence as a perimeter search of the residence. While doing so, he noticed that the residence was a two-storey structure, basement and upper level. The basement windows were curtained off and appeared to be sealed with something behind the curtain. He observed heavy condensation on the patio door window and heard electrical humming from the basement level near the carport around the rear of the residence. He saw a piece of plywood nailed to the wall of the residence, and observed it actually covered what appeared to be a louvered metal vent. From the side of the plywood, he detected a slight odour of marihuana, and on the top of the plywood, the odour was much stronger, and as well he could detect heat coming from the area.

Quite clearly from that evidence, one can see that the officer went right up to this dwelling-house, and observed it closely, and it appears from questions and answers from the cross-examination by Mr. Rosenberg that he, in fact, attempted to peer into the window. He conceded in order to get to the house he had to go down a long driveway, some seventy-five (75) to a hundred (100) yards long. He said he had not had any direct dealings with the accused, and his source of information

seignements reçus du détachement de Surrey [de la G.R.C. Selon ces renseignements, le conducteur d'un camion sur le traversier allant sur l'île de Vancouver était soupçonné d'être impliqué dans la culture de chanvre indien]. Ils se sont rendus au terminal Swartze Bay du traversier à Sidney. Vers 14 h 40, ils ont observé une camionnette Toyota verte avec une bâche blanche qui sortait du terminal du traversier et prenait la direction sud sur la route Pat Bay. Ils n'ont pas pu suivre ce véhicule directement à cause de la circulation, mais l'ont rattrapé alors qu'il circulait sur Malahat au nord de Victoria. Il l'a alors vu prendre la sortie South Shawnigan Lake. Il n'a jamais pu voir le conducteur du véhicule. Vers 15 h 34, il est passé près de la résidence située au 1985 West Shawnigan Lake Road et a observé la camionnette qu'il avait vue stationnée plus tôt près de la maison à cette adresse.

Le lendemain, le 31 octobre, il est passé près de la résidence vers 7 h 30 et a vu que la camionnette s'y trouvait toujours. Plus tard dans l'après-midi, il est monté dans l'hélicoptère du corps policier, a pris des photographies aériennes de la résidence et des environs et a observé ce qui paraissait être un véhicule blanc, mais il n'a pas pu établir l'identité de ce véhicule.

Le 4 novembre 1986, vers 2 h du matin, il s'est rendu à cette maison avec l'agent Handy et ils ont effectué ce qu'il a appelé dans son témoignage une perquisition périphérique de la résidence. Il a alors remarqué que la résidence était une maison de deux étages, sous-sol et niveau supérieur. Les fenêtres du sous-sol avaient des rideaux et les fenêtres paraissaient scellées de quelque manière derrière le rideau. Il a observé une forte condensation sur la porte patio et a entendu un bourdonnement électrique venant du sous-sol, près de l'abri d'auto derrière la résidence. Il a vu un morceau de contre-plaqué cloué au mur de la résidence et remarqué qu'il couvrait ce qui paraissait être un évent à lames. Du côté du contre-plaqué, il a senti une légère odeur de chanvre indien, et au-dessus du contre-plaqué une odeur beaucoup plus prononcée et de la chaleur venant de cet endroit.

Il ressort très clairement de ce témoignage que l'agent s'est rendu directement à cette maison d'habitation, l'a observée attentivement, et il ressort des questions et réponses du contre-interrogatoire mené par M^c Rosenberg qu'il a effectivement tenté de regarder par la fenêtre. Il a reconnu que, pour se rendre à la maison, il devait suivre une longue allée d'environ soixante-quinze (75) à cent (100) verges de long. Il a dit qu'il n'avait eu aucun contact direct avec l'accusé et que ses renseigne-

came solely from the R.C.M.P. in Surrey and not from any informant.

The search of the area immediately surrounding the dwelling-house was conducted without prior judicial authorization. Moreover, when asked whether he had reasonable and probable grounds to believe that an offence had been or was being committed on the property contrary to the provisions of the *Narcotic Control Act*—a circumstance which under s. 10(1)(a) of the Act would permit a warrantless search of the perimeter— Constable Povarchook of the Royal Canadian Mounted Police, Victoria Drug Section, on cross-examination during the preliminary inquiry replied:

A: I did not have reasonable and probable grounds to believe that there was an offense being committed. I had a suspicion.

Q: Surely, you must have suspected something to go there?

A: Well, I had more than just suspicion. I had solid grounds, but not enough for a search warrant.

In response to further questioning, he stated that it had not been necessary to enter the property either to preserve evidence or to apprehend a felon. The Constable agreed in cross-examination that his visual, olfactory and aural observations could not have been made without going to the property and coming very close to the house.

Pursuant to a search warrant dated November 4, 1986, the police entered the appellant's residence and seized a number of marijuana plants. They also conducted a search of a vehicle that was on the property. The search warrant only authorized a search of the dwelling-house. The lawfulness of the vehicle search was not pursued at trial.

After considering the evidence, the trial judge held that the evidence upon which the Crown relied in support of the charges had been obtained in violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He ruled that the evidence was inadmissible pursuant to s. 24(2) of the

ments avaient pour unique source la G.R.C. de Surrey et non quelque informateur.

La perquisition des environs immédiats de la maison d'habitation a été effectuée sans autorisation judiciaire préalable. De plus, lorsqu'on lui a demandé s'il avait des motifs raisonnables et probables de croire qu'avait été, ou était en train d'être commise sur la propriété, une infraction à la *Loi sur les stupéfiants*—ce qui en vertu de l'al. 10(1)a) de la Loi aurait autorisé l'agent à faire une perquisition périphérique sans mandat— l'agent Povarchook de la Gendarmerie royale du Canada, section des stupéfiants de Victoria, a répondu en contre-interrogatoire à l'enquête préliminaire:

[TRADUCTION]

R: Je n'avais pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction était en train d'être commise. J'avais des soupçons.

Q: Vous deviez sûrement soupçonner quelque chose pour aller là-bas?

R: Bien, j'avais plus que des soupçons. J'avais des motifs solides, mais pas suffisants pour obtenir un mandat de perquisition.

En réponse à d'autres questions, il a dit qu'il n'avait pas été nécessaire d'entrer dans la propriété pour conserver des éléments de preuve ou pour appréhender un malfaiteur. L'agent a reconnu en contre-interrogatoire qu'il n'aurait pas pu faire ses observations visuelles, olfactives et auditives sans entrer dans la propriété et s'approcher très près de la maison.

En vertu d'un mandat de perquisition daté du 4 novembre 1986, les policiers sont entrés dans la résidence de l'appelant et ont saisi un certain nombre de plants de chanvre indien. Ils ont également effectué la fouille d'un véhicule qui se trouvait sur la propriété. Le mandat de perquisition n'autorisait que la perquisition de la maison d'habitation. La légalité de la fouille du véhicule n'a pas été contestée au procès.

Après examen de la preuve, le juge du procès a décidé que la preuve sur laquelle s'appuyait le ministère public pour porter les accusations avait été obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a conclu que la preuve était irrecevable en vertu du par. 24(2) de

Charter. The respondent appealed the decision to the British Columbia Court of Appeal. In a unanimous judgment, the Court allowed the appeal and ordered a new trial. The appellant now appeals from that decision to this Court.

Judgments Below

County Court of Vancouver Island

Cashman Co. Ct. J. first considered the warrantless "perimeter search" of the appellant's dwelling-house. He examined the provisions of the *Narcotic Control Act* and concluded that the yard surrounding a dwelling-house, while it may not be a part of the dwelling-house, is a "place" and may be searched without a warrant provided that the officer has reasonable grounds for believing that the place contains a narcotic. He then found that until Constable Povarchook entered onto the property and made observations he had no reasonable grounds to obtain a search warrant. In fact, the police officer conceded this fact.

Cashman Co. Ct. J. rejected the argument that the police action was merely an investigative procedure. The officer admitted that he had not attempted other investigative measures and, moreover, the trial judge found nothing in the evidence to suggest that what was done occurred in circumstances of urgency or necessity.

The trial judge then considered whether the actions of the police on November 4th constituted a "search". He found that the police had engaged in a warrantless search of the property surrounding the dwelling-house on the basis of a suspicion, but without reasonable grounds. Cashman Co. Ct. J. then reasoned that:

... since the basis of the search warrant subsequently obtained the following day was founded on what was observed during the warrantless search, I find that the search warrant is thus invalid.

Having reached this conclusion, the trial judge considered the admissibility of the evidence of narcotics pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Cashman Co. Ct. J. began by commenting upon the good faith of the police officer involved:

la *Charte*. L'intimée a porté cette décision devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans un arrêt unanime, la cour a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. L'appelant se pourvoit maintenant contre cet arrêt devant notre Cour.

Les jugements des juridictions inférieures

La Cour de comté de l'Île de Vancouver

Le juge Cashman a d'abord examiné la «perquisition périphérique» sans mandat de la maison d'habitation de l'appelant. Il a examiné les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* et conclu que le terrain sur lequel se trouve une maison d'habitation, bien que ne faisant peut-être pas partie de la maison d'habitation, est un «endroit» et peut faire l'objet d'une perquisition sans mandat pourvu que l'agent ait des motifs raisonnables de croire que l'endroit contient un stupéfiant. Il a alors conclu qu'avant d'entrer dans la propriété et d'y faire des observations, l'agent Povarchook n'avait pas de motifs raisonnables d'obtenir un mandat de perquisition. L'agent a d'ailleurs reconnu ce fait.

Le juge Cashman a rejeté l'argument que les actes des policiers relevaient simplement d'une procédure d'enquête. L'agent a admis qu'il n'avait pas tenté d'autres mesures d'enquête et, de plus, le juge du procès n'a rien trouvé dans la preuve qui donne à entendre que les actes posés l'avaient été dans des circonstances d'urgence ou de nécessité.

Le juge du procès s'est alors demandé si les actes des policiers le 4 novembre constituaient une «perquisition». Il a conclu que les policiers avaient effectué une perquisition sans mandat de la propriété entourant la maison d'habitation, sur le fondement d'un soupçon, mais sans motifs raisonnables. Le juge Cashman a alors dit:

[TRADUCTION] ... puisque le mandat de perquisition obtenu le lendemain était fondé sur les observations faites au cours de la perquisition sans mandat, je conclus que le mandat de perquisition est invalide.

Ayant tiré cette conclusion, il a examiné l'admissibilité de la preuve concernant les stupéfiants en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Cashman a commencé par des observations sur la bonne foi de l'agent de police en cause:

From what I have heard in this case, I have no reason to doubt what Constable Povarchook did on November 4th at two o'clock in the morning he did in good faith, albeit one may well view his procedure as somewhat of a shortcut in obtaining the evidence necessary to found a search warrant.

After considering the judgment of this Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, the trial judge reiterated that little consideration was given by the police to other investigative procedures. The trial judge concluded that the evidence found as a result of the search made pursuant to the warrant should be excluded "because considering all the circumstances, the admission of it would, in my opinion, bring the administration of justice into disrepute".

British Columbia Court of Appeal

The respondent appealed from the judgment of Cashman Co. Ct. J. to the Court of Appeal of British Columbia: (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. Craig J.A. delivered the unanimous judgment of the Court. He held, first, that while the police officers were trespassers, s. 8 ensures only a reasonable expectation of privacy: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145. The determination of what constitutes a reasonable expectation, according to Craig J.A. (at pp. 200-201):

... will vary according to the circumstances. In assessing this factor, the court must consider whether in a particular situation the public interest in being left alone by government must give way to the government's interest in intruding on an individual's privacy in order to enhance its goals, notably those of law enforcement.

In the instant case, Craig J.A. disagreed with the weight which the trial judge placed upon the fact that the police failed to utilize other investigatory procedures. He concluded that since other investigative techniques were impractical, the minimal intrusion of a perimeter search, although a trespass, did not amount to an unreasonable search contrary to s. 8 of the *Charter*.

Although it was unnecessary to pursue the analysis, Craig J.A. then considered whether the trial judge erred in holding that the evidence obtained

[TRADUCTION] Les témoignages en l'espèce ne donnent aucune raison de douter que l'agent Povarchook ait agi de bonne foi à deux heures du matin le 4 novembre, même si on peut considérer sa façon d'agir un peu comme un raccourci pour obtenir la preuve nécessaire pour justifier un mandat de perquisition.

Après avoir examiné l'arrêt de notre Cour *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, le juge du procès a répété que la police avait accordé peu d'attention à d'autres procédures d'enquête. Il a conclu que la preuve découverte par suite de la perquisition effectuée sans mandat devait être écartée [TRADUCTION] «parce que, compte tenu de toutes les circonstances, à mon avis, son utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice».

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

L'intimée s'est pourvu en appel du jugement du juge Cashman à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1988), 46 C.C.C. (3d) 194. Le juge Craig a rendu l'arrêt unanime de la cour. Il a d'abord conclu que, bien qu'il y ait eu violation de propriété par les agents de police, l'art. 8 ne garantit qu'une attente raisonnable en matière de vie privée: *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145. Suivant le juge Craig, la détermination de ce qui constitue une attente raisonnable (aux pp. 200 et 201):

[TRADUCTION] ... variera suivant les circonstances. Dans l'appréciation de ce facteur, la cour doit se demander si, dans une situation donnée, l'intérêt public à ne pas être importuné doit céder le pas à l'intérêt qu'a le gouvernement à s'immiscer dans la vie privée d'un individu pour atteindre ses objectifs, notamment l'application de la loi.

Le juge Craig a exprimé son désaccord avec le poids que le juge du procès a accordé au fait que les policiers n'avaient pas utilisé d'autres procédures d'enquête. Il a conclu que, puisque d'autres techniques d'enquête étaient peu pratiques, l'intrusion minimale que constitue une perquisition périphérique, bien que ce soit une violation de propriété, n'équivalait pas à une perquisition abusive contraire à l'art. 8 de la *Charte*.

Bien qu'il ne fût pas nécessaire de poursuivre l'analyse, le juge Craig s'est ensuite demandé si le juge du procès avait commis une erreur en con-

through the search of the appellant's dwelling-house ought to be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. Craig J.A. considered the judgment of this Court in *Collins, supra*, and concluded that "the main factor bearing on bringing the administration of justice into disrepute was whether the violation of the accused's Charter right would render his trial unfair" (p. 203). Craig J.A. concluded that since the cultivation of marijuana was real evidence, it was admissible pursuant to s. 24(2).

The British Columbia Court of Appeal allowed the appeal on both grounds and ordered a new trial.

Relevant Legislation

Narcotic Control Act

The provisions of the *Narcotic Control Act* relevant to this appeal, as they stood at the time of the events in issue, are as follows:

4. (1) ...

(2) No person shall have in his possession any narcotic for the purpose of trafficking.

6. (1) No person shall cultivate opium poppy or marihuana except under the authority of and in accordance with a licence issued to him under the regulations.

10. (1) A peace officer may, at any time,

(a) without a warrant enter and search any place other than a dwelling-house, and under the authority of a warrant issued under this section, enter and search any dwelling-house in which the peace officer believes on reasonable grounds there is a narcotic by means of or in respect of which an offence under this Act has been committed.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

The provisions of the *Charter*, relevant to this appeal, are as follows:

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

cluant que la preuve obtenue au moyen de la perquisition de la maison d'habitation de l'appellant devrait être écartée en application du par. 24(2) de la *Charte*. Le juge Craig a examiné l'arrêt *Collins* de notre Cour, précité, et a conclu que [TRADUCTION] «le facteur principal pour qu'il y ait déconsidération de l'administration de la justice était de savoir si la violation du droit que la Charte reconnaît à l'accusé rendrait le procès inéquitable» (p. 203). Le juge Craig a conclu que, puisque la culture du chanvre indien était une preuve matérielle, elle pouvait être utilisée en application du par. 24(2).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a fait droit aux deux moyens d'appel et ordonné un nouveau procès.

Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les stupéfiants

Les dispositions de la *Loi sur les stupéfiants* pertinentes dans le présent pourvoi et en vigueur au moment des événements en cause, sont les suivantes:

4. (1) ...

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

6. (1) Nul ne peut cultiver le pavot somnifère ou le chanvre indien sauf avec l'autorisation et en conformité d'un permis à lui délivré aux termes des règlements.

10. (1) Un agent de la paix peut, à toute époque,

a) sans mandat, entrer et perquisitionner dans tout endroit autre que dans une maison d'habitation et, sous l'autorité d'un mandat décerné aux termes du présent article, entrer et perquisitionner dans toute maison d'habitation où il croit, en se fondant sur des motifs raisonnables, qu'il se trouve un stupéfiant au moyen ou à l'égard duquel une infraction à la présente loi a été commise.

Charte canadienne des droits et libertés

Les dispositions de la *Charte* pertinentes en l'espèce sont les suivantes:

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

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

24. (1) ...

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

Analysis

1. *Unreasonable Search and Seizure*

The first issue raised in this appeal is whether the warrantless perimeter search of the dwelling-house of the appellant, conducted on November 4, 1986, was an unreasonable search or seizure pursuant to s. 8 of the *Charter*. At the outset, I would reiterate the dictum of this Court in *Hunter, supra*, regarding the interpretation of s. 8 and, specifically, the role which s. 8 plays in limiting the pre-existing search powers of the state (at pp. 156-57):

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action . . . in guaranteeing the right to be secure from unreasonable searches and seizures, s. 8 acts as a limitation on whatever powers of search and seizure the federal or provincial governments already and otherwise possess. It does not in itself confer any powers, even of "reasonable" search and seizure, on these governments.

In the case at bar, the respondent concedes that what occurred outside of the dwelling-house of the appellant on the night of November 4, 1986, was a search for the purposes of s. 8 of the *Charter*. Moreover, the search was conducted without prior judicial authorization in the form of a search warrant. Of direct relevance, then, is the dictum of this Court in *Hunter, supra*, wherein it was recognized that the absence of prior authorization raises a presumption of unreasonableness which must be

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

24. (1) ...

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

L'analyse

1. *Fouille, perquisition et saisie abusives*

La première question soulevée dans ce pourvoi est de savoir si la perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'appelant, effectuée sans mandat le 4 novembre 1986, était une fouille, perquisition ou saisie abusive selon l'art. 8 de la *Charte*. Au départ, je voudrais répéter l'opinion incidente de notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, concernant l'interprétation de l'art. 8 et, plus précisément, le rôle que joue l'art. 8 en limitant les pouvoirs préexistants de l'État en matière de fouille et de perquisition (aux pp. 156 et 157):

La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir. [...] en garantissant le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives, l'art. 8 a pour effet de limiter les pouvoirs quelconques de fouille, de perquisition et de saisie que possèdent déjà par ailleurs le gouvernement fédéral ou les gouvernements provinciaux. Il ne confère en soi aucun pouvoir à ces gouvernements, pas même celui d'effectuer des fouilles, des perquisitions et des saisies «raisonnables».

En l'espèce, l'intimée reconnaît que ce qui s'est passé à l'extérieur de la maison d'habitation de l'appelant, la nuit du 4 novembre 1986, était une perquisition aux fins de l'art. 8 de la *Charte*. De plus, la perquisition a été effectuée sans l'autorisation judiciaire préalable que constitue un mandat de perquisition. Est alors directement pertinente l'opinion incidente de notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, précité, qui reconnaît que l'absence d'autorisation préalable donne naissance à une pré-

rebutted by the party seeking to justify the warrantless search (p. 161).

The first hurdle which must be overcome by the respondent in that attempt at justification is readily apparent. In *R. v. Collins*, *supra*, this Court reiterated the presumption against warrantless searches and described the burden that rests on a party attempting to establish reasonableness (at p. 278):

... once the appellant has demonstrated that the search was a warrantless one, the Crown has the burden of showing that the search was, on a balance of probabilities, reasonable.

A search will be reasonable if it is authorized by law, if the law itself is reasonable and if the manner in which the search was carried out is reasonable.

In order to show reasonableness, then, it is first necessary for the respondent to establish that the search was authorized by law. The trial judge undertook this analysis and, quite rightly, focussed his attention on s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*. Cashman Co. Ct. J. found, and on this point I do not think there can be any dispute, that the perimeter of a dwelling-house, while perhaps not part of the dwelling-house, is a "place" within the meaning of s. 10 of the *Narcotic Control Act*. Having made this determination, the trial judge then considered the statutory preconditions for the search of a "place" pursuant to s. 10, and he made reference to the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97. In that case, Martin J.A., for the Court, considered s. 10(1)(a) and concluded, at p. 125, that:

Section 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act* authorizes a warrantless search of a "place" other than a dwelling-house by a peace officer who has reasonable grounds for believing that the "place" contains a narcotic.

He reached this conclusion on the basis of the legislative history of the section, at p. 106:

Thus, from its inception, the legislation conferring power to search places other than dwelling-houses without a warrant has required the existence of reasonable grounds for believing that the place to be searched contains a drug, possessed in contravention of the legislation

somption de caractère abusif que doit réfuter la partie qui cherche à justifier la perquisition effectuée sans mandat (p. 161).

Le premier obstacle que doit franchir l'intimé dans sa tentative de justification est évident. Dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, notre Cour a répété la présomption contre les perquisitions sans mandat et a décrit le fardeau qui incombe à la partie qui tente d'établir le caractère raisonnable (à la p. 278):

... du moment que l'appelant démontre qu'il s'agissait d'une fouille sans mandat, il incombe à la poursuite de prouver que, selon la prépondérance des probabilités, cette fouille n'était pas abusive.

Une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive.

Pour démontrer le caractère raisonnable, l'intimé doit donc établir d'abord que la fouille ou perquisition était autorisée par la loi. Le juge du procès a entrepris cette analyse et, très justement, a centré son attention sur le par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*. Le juge Cashman a conclu, et je ne crois pas qu'il puisse y avoir de divergences sur ce point, que les environs d'une maison d'habitation, bien qu'ils ne fassent peut-être pas partie de la maison d'habitation, sont un «endroit» au sens de l'art. 10 de la *Loi sur les stupéfiants*. Ayant tiré cette conclusion, le juge du procès a alors examiné les conditions préalables établies par la loi pour la perquisition d'un «endroit» en application de l'art. 10 et s'est reporté à l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97. Dans cet arrêt, le juge Martin, au nom de la cour, a examiné l'al. 10(1)a) et conclu à la p. 125 que:

[TRADUCTION] L'alinéa 10(1)a) de la *Loi sur les stupéfiants* autorise une perquisition sans mandat d'un «endroit» autre qu'une maison d'habitation par un agent de la paix qui a des motifs raisonnables de croire que l'«endroit» contient un stupéfiant.

Il a tiré cette conclusion sur le fondement de l'histoire législative de l'article, à la p. 106:

[TRADUCTION] Ainsi, depuis ses débuts, la disposition qui attribue un pouvoir de perquisitionner sans mandat des endroits autres que des maisons d'habitation a exigé l'existence de motifs raisonnables de croire que l'endroit à perquisitionner contient une drogue possédée en contravention de la loi

I find no legislative intent to displace the requirement that police officers, in searching places other than a dwelling-house without a warrant, must have reasonable grounds to believe that a narcotic is present or to substitute a purely arbitrary discretion on the part of police officers to search places other than dwelling-houses at will. This would be entirely contrary to the English and Canadian tradition.

Even if s. 10(1)(a) were equally open to the construction that reasonable grounds for belief are not required to justify a warrantless search of places other than a dwelling-house, or to the construction that reasonable grounds for believing that the place contains a narcotic in contravention of the Act is required, I would feel constrained to adopt the latter construction to avoid doing violence to fundamental principles which are deeply rooted in our legal system.

I fully endorse the comments of Martin J.A. on the interpretation of s. 10(1) of the *Narcotic Control Act*.

In ruling on the *voir dire*, Cashman Co. Ct. J. had little difficulty in reaching the conclusion that the police officers involved in the perimeter search lacked the requisite reasonable grounds for compliance with s. 10(1) of the Act. Given the concession by Officer Povarchook at the preliminary hearing that he did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant, the inevitable conclusion is that the police lacked statutory authority to conduct the perimeter search. Indeed, the respondent conceded before this Court that the police lacked reasonable and probable grounds.

In the judgment of Craig J.A., considerable weight is placed upon certain statements in *Hunter, supra*, in which this Court adopted the reasoning of Stewart J., of the Supreme Court of the United States, in *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): "the Fourth Amendment protects people, not places". However, the adoption of Stewart J.'s dictum in the context of s. 8 clearly was not intended to inhibit the reasonableness of the expectation of privacy of the individual with respect to his or her activities on private property. The point emphasized by Stewart J., and accepted by this Court in *Hunter*, was that the reasonable-

Je ne vois aucune intention législative de modifier l'exigence que les agents de police, qui perquisitionnent sans mandat des endroits autres qu'une maison d'habitation, aient des motifs raisonnables de croire qu'un stupéfiant s'y trouve, ou de la remplacer par un pouvoir discrétionnaire purement arbitraire des agents de police de perquisitionner à volonté des endroits autres que des maisons d'habitation. Ce serait tout à fait contraire à la tradition anglaise et canadienne.

Même s'il était tout aussi possible de donner à l'al. 10(1)a) l'interprétation que des motifs raisonnables de croire ne sont pas nécessaires pour justifier une perquisition sans mandat d'endroits autres qu'une maison d'habitation, ou l'interprétation que des motifs raisonnables de croire que l'endroit contient un stupéfiant en contravention de la Loi sont nécessaires, je m'estimerais tenu d'adopter la dernière pour éviter toute entorse à des principes fondamentaux profondément enracinés dans notre système juridique.

J'adopte entièrement les commentaires du juge Martin sur l'interprétation du par. 10(1) de la *Loi sur les stupéfiants*.

En rendant sa décision sur le voir-dire, le juge Cashman n'a pas eu de difficulté à conclure que les agents de police qui ont participé à la perquisition périphérique n'avaient pas les motifs raisonnables requis pour respecter le par. 10(1) de la Loi. Vu que l'agent Povarchook a reconnu à l'enquête préliminaire qu'il n'avait pas de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition, la conclusion inévitable est que la police n'avait pas le pouvoir d'effectuer la perquisition périphérique. D'ailleurs, l'intimée a reconnu devant notre Cour que la police n'avait pas de motifs raisonnables et probables.

Le juge Craig accorde beaucoup de poids à certaines affirmations de l'arrêt *Hunter*, précité, dans lequel notre Cour a adopté le raisonnement du juge Stewart de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967): [TRADUCTION] «le Quatrième amendement protège les personnes et non les lieux». Cependant, l'adoption de l'opinion incidente du juge Stewart dans le contexte de l'art. 8 n'était évidemment pas destinée à suspendre le caractère raisonnable de l'attente en matière de vie privée de l'individu relativement à ses activités sur une propriété privée. Le point souligné par le juge Stewart

ness of a citizen's expectation of privacy cannot be confined to those situations which involve the enjoyment of property.

The respondent also submitted that the "perimeter search" was carried out under lawful authority pursuant to the common law powers of the police and was not a trespass on private property. In my view, this argument is without foundation. This Court consistently has held that the common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language. In *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2, this Court considered the validity of a warrant which authorized the police to "seize" firearms. Ritchie J., for the Court, held that the power to seize must be interpreted strictly to prevent the police from entering and conducting a general search of private property, at pp. 9-10:

All sections of the *Criminal Code* are presumably enacted "in the public interest" and it would in my view be dangerous indeed to hold that the private rights of the individual to the exclusive enjoyment of his own property are to be subject to invasion by police officers whenever they can be said to be acting in the furtherance of the enforcement of any section of the *Criminal Code* although they are not armed with express authority to justify their action.

As I have indicated, I am of the opinion that any statutory provision authorizing police officers to invade the property of others without invitation or permission would be an encroachment on the common law rights of the property owner and in case of any ambiguity would be subject to a strict construction in favour of the common law rights of the owner.

In his reasons for judgment, Ritchie J. also made mention of the decision of this Court in *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739. That case concerned an action for damages for trespass alleged to have been committed when police officers entered the plaintiff's apartment to apprehend a third party for whom there were outstanding

et accepté par notre Cour dans l'arrêt *Hunter*, était que le caractère raisonnable de l'attente d'un citoyen en matière de vie privée ne peut être limité aux situations relatives à la jouissance de propriété.

L'intimée a également allégué que la «perquisition périphérique» avait été effectuée légitimement en vertu des pouvoirs que la common law reconnaît à la police et n'était pas une intrusion illicite sur une propriété privée. À mon avis, cet argument est sans fondement. Notre Cour a toujours dit que les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires. Dans l'arrêt *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2, notre Cour a examiné la validité d'un mandat qui autorisait la police à «saisir» des armes à feu. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, a conclu que le pouvoir de saisir doit recevoir une interprétation stricte pour empêcher la police d'entrer dans une propriété privée et d'y effectuer une perquisition générale, aux pp. 9 et 10:

On présume que tous les articles du *Code criminel* sont adoptés «dans l'intérêt public» et, à mon avis, il serait très dangereux de conclure que les droits privés d'une personne à la jouissance exclusive de sa propriété doivent être assujettis au droit des policiers d'y entrer de force chaque fois qu'ils prétendent agir en vue d'appliquer un article du *Code criminel*, même s'ils ne sont pas munis d'une autorisation expresse qui justifie leurs actes.

Comme je l'ai mentionné, j'estime qu'une disposition de la loi qui autorise les policiers à pénétrer sur la propriété d'autrui sans invitation ni permission constitue un empiétement sur les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire. En cas d'ambiguïté, cette disposition doit recevoir une interprétation stricte qui favorise les droits que la *common law* reconnaît au propriétaire.

Dans ses motifs de jugement, le juge Ritchie a également mentionné l'arrêt de notre Cour *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739. Il s'agissait dans ce pourvoi d'une action en dommages-intérêts pour une violation de propriété qui aurait été commise lorsque des agents de police étaient entrés dans l'appartement de l'appelant pour y appréhender un

warrants. The Court held, at p. 746, that the individual's expectation of privacy with respect to his or her home demands, as a precondition to entry, some announcement by the police:

Except in exigent circumstances, the police officers must make an announcement prior to entry. There are compelling considerations for this. An unexpected intrusion upon a man's property can give rise to violent incidents. It is in the interests of the personal safety of the householder and the police as well as respect for the privacy of the individual that the law requires, prior to entrance for search or arrest, that a police officer identify himself and request admittance.

In my view, given these clear statements, there is no basis for the argument that the police possessed common law authority to trespass upon the private property of the appellant to conduct the search.

For these reasons, I would conclude that the warrantless perimeter search of the dwelling-house of the appellant was conducted without lawful authority under statute or the common law. In the absence of lawful authority, the perimeter search must be found unreasonable: *R. v. Debot*, [1989] 2 S.C.R. 1140, at p. 1147, *per* Lamer J. Having made this determination, it is unnecessary, strictly speaking, to consider the second and third criteria of reasonableness established in *Collins*, *supra*. It does seem to me, however, apart from the question of lawful authority, that the police do not have a constitutionally unrestricted right to trespass upon private property. In my view, then, the Court of Appeal of British Columbia erred in its determination that the search, although not conducted under lawful authority, was nevertheless reasonable. Consequently, I would find that the s. 8 *Charter* rights of the appellant were violated by the warrantless search conducted by the police of the perimeter of his dwelling-house.

2. Section 1 of the Charter

In the circumstances of this case, the issue of s. 1 justification for the s. 8 *Charter* violation merits only the briefest attention. The search that

tiers qui était visé par trois mandats non exécutés. La Cour a conclu, à la p. 746, que les attentes de l'individu en matière de vie privée relativement à son foyer exigent que les agents de police s'annoncent avant d'entrer:

Excepté dans des circonstances critiques, les agents de police doivent faire une annonce avant d'entrer. Il y a des raisons péremptoires pour cela. Une intrusion inattendue dans la propriété de quelqu'un peut donner lieu à des incidents violents. C'est dans l'intérêt de la sécurité personnelle du chef de la maison et de la police aussi bien que dans l'intérêt du respect dû à l'intimité de l'individu que la loi requiert d'un agent de police, avant qu'il n'entre pour rechercher ou arrêter, qu'il s'identifie et demande à être admis.

Étant donné ces affirmations claires, il n'y a, à mon avis, aucun fondement à l'argument que la common law reconnaissait à la police le pouvoir d'entrer sur la propriété privée de l'appellant pour y effectuer une perquisition.

Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure que la perquisition périphérique sans mandat de la maison d'habitation de l'appellant a été effectuée sans autorisation légitime de la loi ou de la common law. En l'absence d'autorisation légitime, la perquisition périphérique doit être déclarée abusive: *R. c. Debot*, [1989] 2 R.C.S. 1140, à la p. 1147, le juge Lamer. Vu cette conclusion, il ne m'est pas nécessaire, à proprement parler, d'examiner les deuxième et troisième critères du caractère raisonnable établis dans l'arrêt *Collins*, précité. Cependant, il me semble bien, indépendamment de la question de l'autorisation légitime, que la police ne possède pas un droit illimité du point de vue constitutionnel d'entrer sur une propriété privée. À mon avis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur dans sa conclusion que la perquisition, bien qu'effectuée sans autorisation légitime, était néanmoins raisonnable. Par conséquent, je suis d'avis de conclure que les droits que l'art. 8 de la *Charte* reconnaît à l'appellant ont été violés par la perquisition périphérique sans mandat de sa maison d'habitation.

2. L'article premier de la Charte

Dans les circonstances de l'espèce, la question de la justification des violations de l'art. 8 de la *Charte* en vertu de l'article premier ne mérite

occurred in the case at bar was a police initiative undertaken without lawful authority. For this reason alone, it must be concluded that the search of the perimeter of the appellant's dwelling-house was not "prescribed by law" in accordance with s. 1 of the *Charter*.

3. *Admissibility of the Evidence*

Having found that the s. 8 *Charter* right of the appellant was infringed by the warrantless search, the second issue raised on appeal to be examined is whether the Court of Appeal erred in failing to find that the administration of justice would be brought into disrepute by admitting evidence obtained through a subsequent search undertaken pursuant to a valid search warrant.

In my view, the nexus between the warrantless and unconstitutional search of the perimeter of the dwelling-house, and the subsequent discovery of the evidence, is sufficiently close that it can be concluded that the evidence was "obtained in a manner that infringed or denied" s. 8 of the *Charter*. This threshold issue in s. 24(2) was considered by this Court in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, and the Court adopted a case-by-case approach to the issue (p. 1006). Moreover, the Court stated the following general principle (at p. 1005):

... the first inquiry under s. 24(2) would be to determine whether a *Charter* violation occurred in the course of obtaining the evidence. A temporal link between the infringement of the *Charter* and the discovery of the evidence figures prominently in this assessment . . .

In the case at bar, observations made by police officers during an unconstitutional search formed the foundation for a search warrant obtained the following day to search the observed premises. The temporal link was not broken by any intervening events and it follows that the evidence was obtained in a manner that violated the constitutional rights of the appellant. Consequently, it is necessary to engage in an inquiry, pursuant to s. 24(2) of the *Charter*, to determine the admissibility of evidence obtained during the subsequent constitutional search.

qu'un bref examen. La perquisition effectuée en l'espèce était une initiative policière entreprise sans autorisation légitime. Pour ce seul motif, il faut conclure que la perquisition périphérique de la maison d'habitation de l'appelant n'était pas prescrite «par une règle de droit» conformément à l'article premier de la *Charte*.

3. *L'admissibilité de la preuve*

Vu la conclusion que la perquisition sans mandat a violé le droit que l'art. 8 de la *Charte* reconnaît à l'appelant, la seconde question à examiner est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en ne concluant pas que l'administration de la justice serait déconsidérée par l'utilisation des éléments de preuve obtenus au moyen d'une perquisition subséquente effectuée en application d'un mandat valide.

À mon avis, le lien entre la perquisition périphérique sans mandat, et donc inconstitutionnelle, de la maison d'habitation et la découverte ultérieure de la preuve est suffisamment étroit pour conclure que les éléments de preuve «ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte» à l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, notre Cour a examiné cette question préliminaire qu'il faut considérer en vertu du par. 24(2) et a dit qu'il fallait aborder la question cas par cas (p. 1006). De plus, la Cour a formulé le principe général suivant (à la p. 1005):

... la première étape de l'examen prévu au par. 24(2) consisterait à déterminer si une violation de la *Charte* a été commise en recueillant des éléments de preuve. L'existence d'un lien temporel entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve revêt une importance particulière dans cette évaluation . . .

En l'espèce, des observations faites par des agents de police au cours d'une perquisition inconstitutionnelle ont servi de fondement à un mandat obtenu le lendemain autorisant la perquisition des lieux observés. Le lien temporel n'a pas été interrompu par des événements survenus dans l'intervalle et il s'ensuit que les éléments de preuve ont été obtenus d'une manière qui viole les droits constitutionnels de l'appelant. Par conséquent, il faut, en application du par. 24(2) de la *Charte*, examiner l'admissibilité des éléments de preuve obtenus au cours de la perquisition constitutionnelle subséquente.

A majority of this Court recognized in *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93, that absent error of law or error as to the applicable principles, this Court will not substitute its own opinion for that of the courts below as regards the application of s. 24(2) of the *Charter*. However, in the instant case, I find that the trial judge placed undue and unsupported weight upon a finding that the police gave little consideration to other, constitutionally permissible, investigatory techniques. He did not identify the alternative investigatory techniques which might have been followed, other than to refer to two questions asked in cross-examination in which the possibility of (i) wiretapping telephones, or (ii) following other persons who were living in the residence, were mentioned. While the fact that other less intrusive means of gathering evidence may be open to the authorities is one relevant factor in a s. 24(2) analysis (see *Collins, supra*, at p. 285), it appears to me that the trial judge considered this to be the predominant factor. Frankly, I cannot discern how the trial judge reasonably could reach the conclusion that other investigatory techniques were available. In this regard, I agree with the comments of Craig J.A. in the Court of Appeal (at pp. 201-2):

I am nonplussed to understand how a police officer could get an authorization to put a wire-tap on Kokesch's telephone if he did not have enough information upon which to get a search warrant to search the house . . . I am equally nonplussed to understand how following persons who were living at that residence to other locations and keeping a constant surveillance on them would be an appropriate investigative technique. So far as I am concerned, it would be a useless waste of time.

To my mind, it was the paucity of other investigative techniques that provoked the actions of the police and this fact does not necessarily militate against the admission of the evidence. Furthermore, it appears that the trial judge did not consider the other sets of factors which this Court has determined to be of relevance to a s. 24(2) analysis: *Collins, supra*. Consequently, Cashman Co. Ct. J. erred as to the principles applicable to a

Notre Cour a reconnu à la majorité dans l'arrêt *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, qu'en l'absence d'erreur de droit ou d'erreur quant aux principes applicables, elle ne substituera pas son opinion à celle des cours d'instance inférieure en ce qui concerne l'application du par. 24(2) de la *Charte*. En l'espèce cependant, j'estime que le juge du procès a accordé une valeur indue et injustifiée à une conclusion suivant laquelle la police a donné peu d'importance à d'autres techniques d'enquête acceptables du point de vue constitutionnel. Il n'a pas identifié les autres techniques d'enquête qui auraient pu être utilisées, à part la mention de deux questions posées en contre-interrogatoire concernant la possibilité (i) d'interception de communications téléphoniques ou (ii) de filature d'autres personnes qui vivaient dans la résidence. Le fait que les autorités peuvent disposer d'autres moyens moins envahissants pour recueillir des éléments de preuve est un facteur important dans l'analyse en vertu du par. 24(2) (voir *Collins*, précité, à la p. 285), mais il me semble que le juge du procès a considéré que c'était le facteur prédominant. Franchement, je n'arrive pas à voir comment le juge du procès a pu raisonnablement arriver à la conclusion que d'autres techniques d'enquête étaient possibles. À cet égard, je suis d'accord avec les commentaires du juge Craig de la Cour d'appel (aux pp. 201 et 202):

[TRADUCTION] Je suis incapable de comprendre comment un agent de police aurait pu obtenir l'autorisation d'installer un dispositif d'écoute sur le téléphone de Kokesch s'il n'avait pas suffisamment de renseignements pour obtenir un mandat l'autorisant à perquisitionner la maison . . . Je suis également incapable de comprendre comment la filature de personnes qui vivaient dans cette résidence et l'exercice de leur surveillance constante constitueraient une technique d'enquête appropriée. En ce qui me concerne, ce serait pure perte de temps.

À mon avis, c'est la rareté d'autres techniques d'enquête qui a provoqué les actes de la police et ce fait ne milite pas nécessairement contre l'utilisation des éléments de preuve. En outre, il appert que le juge du procès n'a pas tenu compte de l'autre groupe de facteurs que notre Cour a jugés pertinents dans l'analyse en vertu du par. 24(2): *Collins*, précité. Par conséquent, le juge Cashman a commis une erreur quant aux principes applica-

determination of the admissibility of the evidence. Furthermore, the s. 24(2) analysis undertaken by the Court of Appeal clearly was *obiter*, since Craig J.A. already had determined that the warrantless perimeter search did not violate the rights of the appellant. In light of that determination, it is appropriate for this Court to engage in a *de novo* analysis of the admissibility of the evidence pursuant to s. 24(2).

The approach which this Court has adopted for the determination of the admissibility of evidence was stated first in *R. v. Collins*, *supra*, and restated by a majority of this Court in *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" (p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

I propose to deal with each set of factors in turn.

bles pour déterminer l'admissibilité de la preuve. En outre, l'analyse en vertu du par. 24(2) entreprise par la Cour d'appel était nettement une opinion incidente puisque le juge Craig avait déjà conclu que la perquisition périphérique sans mandat ne violait pas les droits de l'appelant. Compte tenu de cette conclusion, notre Cour doit entreprendre l'analyse complète de l'admissibilité de la preuve en application du par. 24(2).

La méthode que notre Cour a adoptée pour déterminer l'admissibilité de la preuve a été formulée pour la première fois dans l'arrêt *R. c. Collins*, précité, et énoncée de nouveau par notre Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, «l'utilisation de la preuve [...] tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Finalement la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

Je propose de traiter de ces groupes de facteurs à tour de rôle.

Fairness of the Trial

In my view, the admission of the evidence would not have an unfair effect on the trial. In *Collins*, *supra*, this Court recognized that real evidence, by its nature, if admitted will rarely have a detrimental impact upon adjudicative fairness (p. 284). More recently, this Court has had a number of opportunities to deal with the question of the admissibility of real evidence of narcotics: see, for example, *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Jacoy*, *supra*; *R. v. Strachan*, *supra*. In all of these cases, this Court has recognized that real evidence, unlike self-incriminating statements goaded from an accused, does not have an effect upon adjudicative fairness. This factor, then, does not indicate that the real evidence of marijuana cultivation should be excluded.

Seriousness of the Charter Violation

The second group of factors to be considered in a determination of the admissibility of evidence pursuant to s. 24(2) can be grouped together under the general heading of the "seriousness of the *Charter* violation". The appellant argues that this set of factors strongly favours the exclusion of the real evidence in this case. He submits, in this regard, that the infringement of constitutional rights was a flagrant violation. The police were aware that they did not have reasonable and probable grounds sufficient to obtain a search warrant, and that they trespassed in order to obtain grounds in blatant disregard of the *Charter*.

I disagree with this characterization of the events in issue. In particular, I find it significant, and I agree with the trial judge in this regard, that a finding of "good faith" reasonably can be made with respect to the actions of Constable Povarchook. I have reached this conclusion based upon what I perceive to be his misapprehension as to the extent of his authority to investigate his suspicion of criminal activity. When asked at the preliminary inquiry to identify the source of his authority to conduct the perimeter search of the dwelling-house, the Constable replied:

L'équité du procès

À mon avis, l'utilisation de la preuve n'aurait pas de conséquence inéquitable pour le procès. Dans l'arrêt *Collins*, précité, notre Cour a reconnu que l'utilisation de la preuve matérielle, de par sa nature, aura rarement un effet négatif sur l'équité de la décision (p. 284). Plus récemment, notre Cour a eu plusieurs occasions d'examiner la question de preuves matérielles en matière de stupéfiants: voir, par exemple, *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Jacoy*, précité; *R. c. Strachan*, précité. Dans tous ces arrêts, notre Cour a reconnu que la preuve matérielle, contrairement à des déclarations auto-incriminantes arrachées à un accusé, n'a pas d'effet sur l'équité de la décision. Ce facteur n'indique donc pas que la preuve matérielle de culture de chanvre indien devrait être exclue.

La gravité de la violation de la Charte

Les facteurs du deuxième groupe à examiner pour déterminer si l'élément de preuve peut être utilisé en application du par. 24(2) peuvent être groupés sous le chapitre général de la «gravité de la violation de la *Charte*». L'appelant allègue que cet ensemble de facteurs milite fortement pour l'exclusion de la preuve matérielle en l'espèce. Il prétend à cet égard que la violation de droits constitutionnels est flagrante. Les policiers savaient qu'ils n'avaient pas de motifs raisonnables et probables suffisants pour obtenir un mandat de perquisition et qu'ils commettaient une violation de propriété pour obtenir de tels motifs, au mépris flagrant de la *Charte*.

Je ne suis pas d'accord avec cette qualification des événements en cause. En particulier, j'estime important, et je suis d'accord avec le juge du procès sur ce point, qu'on peut raisonnablement conclure que l'agent Povarchook agissait de «bonne foi». Je fonde cette conclusion sur ce que j'estime être sa mauvaise interprétation de l'étendue de son pouvoir d'enquêter sur les activités criminelles qu'il soupçonnait. Quand on lui a demandé à l'enquête préliminaire d'identifier la source de son pouvoir d'effectuer la perquisition périphérique de la maison d'habitation, l'agent a répondu:

Well, I was in the execution of my duties. Whether or not that's authority or not, I'm not sure.

To my mind, the police officer's error as to the scope of his authority to engage in the search is not an unreasonable one. As well, it was certainly not unreasonable for Constable Povarchook to assume that a perimeter search would not infringe s. 8, particularly in light of the fact that this view was shared by a unanimous Court of Appeal of British Columbia. In this regard, I find this fact situation analogous to those cases in which this Court considered the good faith reliance placed upon the constitutional validity of a writ of assistance by police officers engaged in a warrantless search of premises: *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301. In both of those appeals, this Court held that real evidence obtained in violation of s. 8 of the *Charter* was properly admissible pursuant to s. 24(2). Similarly, the actions of the police in the instant case are not unlike those of the authorities who relied in good faith upon the constitutionality of consensual electronic surveillance in the absence of prior judicial authorization. In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, and in *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62, a majority of this Court found that the evidence obtained through unauthorized surveillance was a result of "an entirely reasonable misunderstanding of the law" (*Duarte, supra*, at p. 60, *per La Forest J.*). I find this principle of equal relevance to the case at bar.

I also have found three Court of Appeal decisions in which evidence has been admitted pursuant to s. 24(2) of particular relevance to this appeal. First, in *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, the Ontario Court of Appeal considered a fact situation in which the police had conducted an illegal search by sequestering two officers in a shed on the property of the accused in order to observe his movements. Martin J.A., for the Court of Appeal, considered the admissibility of the observations made of the accused and he found that the seriousness of the *Charter* violations was

[TRANSDUCTION] Bien, j'étais dans l'exercice de mes fonctions. Est-ce une source de pouvoir? Je ne suis pas certain.

^a À mon avis, l'erreur de l'agent de police quant à la portée de son pouvoir d'effectuer la perquisition n'est pas déraisonnable. De même, il n'était certainement pas déraisonnable pour l'agent Povarchook de présumer que la perquisition périphérique ne violerait pas l'art. 8, si l'on tient compte du fait que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à l'unanimité partageait cette opinion. À cet égard, j'estime que cette situation de fait est analogue à celle des affaires dans lesquelles notre Cour a examiné le recours à la bonne foi comme fondement de la validité constitutionnelle d'un mandat de main-forte obtenu par des agents de police qui avaient agi sans mandat de perquisition: *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301. Dans ces deux arrêts, notre Cour a conclu que la preuve matérielle obtenue en violation de l'art. 8 de la *Charte* pouvait être utilisée en application du par. 24(2). De même, les actions de la police en l'espèce sont assez semblables à celles des autorités qui se sont fiées de bonne foi sur la constitutionnalité de la surveillance électronique effectuée avec le consentement d'un interlocuteur, mais sans autorisation judiciaire préalable. Dans les arrêts *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62, notre Cour a conclu à la majorité que la preuve recueillie au moyen d'une surveillance non autorisée découlait «d'une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi» (*Duarte, précité*, à la p. 60, le juge La Forest). J'estime que ce principe est tout aussi pertinent en l'espèce.

^h J'estime également que trois arrêts de cours d'appel qui ont admis des éléments de preuve en application du par. 24(2) sont particulièrement pertinents en l'espèce. Premièrement, dans l'arrêt *R. v. Moran* (1987), 36 C.C.C. (3d) 225, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné une situation de fait dans laquelle la police avait effectué une perquisition illégale en cachant deux agents dans un hangar situé sur la propriété de l'accusé pour observer ses mouvements. Le juge Martin a examiné l'admissibilité des observations qu'ils ont faites et a conclu que la gravité des violations de la

not such as to demand exclusion of the evidence (at pp. 248-49):

This court has held that good faith, as a factor in deciding whether the admission of evidence obtained in a manner that contravenes s. 8 would bring the administration of justice into disrepute, is not confined to objectively reasonable good faith

[The inspector's] ignorance of the nuances of common law doctrines with respect to trespass is understandable. In any event, I do not believe that in adopting the procedure they did to obtain the evidence, the police ignorance of the relevant law was so flagrant or glaring that the admission of the evidence could bring the administration of justice into disrepute.

I find this dictum equally applicable here.

Second, in *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454, the Ontario Court of Appeal considered the admissibility of evidence obtained pursuant to a validly obtained and executed search warrant where the address of the place to be searched had been obtained by an allegedly improper search of a motor vehicle. MacKinnon A.C.J.O. rejected the argument that the warrant was sufficiently "tainted" to render the evidence obtained in the subsequent search inadmissible (at pp. 466-67):

The learned trial judge found there was no malice in the actions of the police officers and that in searching the vehicle they acted according to a honestly held belief that they were entitled to do so (assuming that belief to be mistaken). There was a validly obtained and executed search warrant. It is true the address of the place to be searched was obtained by the allegedly improper search but the warrant itself was based on "reasonable grounds" for belief that an offence had been or was suspected to have been committed

Third, in *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544, the Saskatchewan Court of Appeal upheld the trial judge's determination that evidence obtained by the police pursuant to a technically defective warrant nevertheless was admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The information which formed the basis of that warrant was

Charte n'était pas suffisante pour exiger l'exclusion de la preuve (aux pp. 248 et 249):

[TRADUCTION] Cette cour a conclu que la bonne foi, en tant que facteur qui permet de décider si l'utilisation de la preuve obtenue d'une manière qui contrevient à l'art. 8 est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, n'est pas restreinte à la bonne foi raisonnable du point de vue objectif . . .

L'ignorance [de l'inspecteur] quant aux nuances des doctrines de common law relativement à la violation de propriété est compréhensible. Quoiqu'il en soit, je ne crois pas que l'adoption de la procédure suivie pour recueillir les éléments de preuve révèle chez le policier une ignorance du droit pertinent qui soit à ce point flagrante ou manifeste que leur utilisation pourrait déconsidérer l'administration de la justice.

J'estime que cette opinion incidente est également applicable en l'espèce.

Deuxièmement, dans l'arrêt *R. v. Haley* (1986), 27 C.C.C. (3d) 454, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'admissibilité d'éléments de preuve recueillis en application d'un mandat de perquisition validement obtenu et exécuté alors que l'adresse de l'endroit à perquisitionner avait été obtenue par la fouille alléguée irrégulière d'un véhicule automobile. Le juge en chef adjoint MacKinnon a rejeté l'argument que le mandat était suffisamment «vicié» pour rendre inadmissibles les éléments de preuve recueillis dans la perquisition subséquente (aux pp. 466 et 467):

[TRADUCTION] Le juge de première instance a conclu que les agents de police n'avaient pas agi avec l'intention de nuire et qu'en fouillant le véhicule ils ont agi conformément à la croyance honnête qu'ils avaient le droit de le faire (à supposer que cette croyance ait été erronée). Il y avait un mandat validement obtenu et exécuté. Il est vrai que l'adresse de l'endroit à perquisitionner a été obtenue par la fouille qu'on dit irrégulière, mais le mandat lui-même était fondé sur des «motifs raisonnables» de croire qu'une infraction avait été ou était soupçonnée avoir été commise . . .

Troisièmement, dans l'arrêt *R. v. Stannard* (1989), 52 C.C.C. (3d) 544, la Cour d'appel de la Saskatchewan a confirmé la conclusion du juge de première instance que la preuve recueillie par la police en application d'un mandat qui comportait un vice de forme était néanmoins admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Les rensei-

obtained by the police officers trespassing on private property and looking through the secluded window of a private dwelling.

Similarly, in the case at bar, although a *Charter* violation preceded the lawful search undertaken pursuant to prior judicial authorization, I do not find the subsequent search sufficiently “tainted” to render the fruits of that lawful search inadmissible. The nature of the unconstitutional intrusion was minimal, and the police infringed an interest for which the objective expectation of privacy was comparatively low. The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed. Finally, it is significant that the police did obtain a search warrant prior to the actual search of the dwelling-house. In my view, these factors reinforce the trial judge’s determination of “good faith” on the part of the authorities, and the combination of all of these elements leads me to conclude that the “seriousness of the *Charter* violation” does not militate against the admission of the evidence.

Effect on the System

Finally, it is necessary to consider, in a review of the factors for consideration in determining whether evidence is admissible pursuant to s. 24(2), the impact upon the repute of the legal system from the admission or exclusion of the evidence. As indicated in *Jacoy, supra*, “[t]he administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial” (p. 559). Although not trivial, the breach of the appellant’s *Charter* rights was far less severe than would be the case in a search of his person. Moreover, in *Jacoy, supra*, this Court made some general comments on the effect on the legal system of the exclusion of real evidence of narcotics (at p. 560):

gnements qui servaient de fondement à ce mandat avaient été obtenus après que les agents de police se furent introduits illicitement dans une propriété privée et eurent regardé à travers la fenêtre fermée d’une maison d’habitation.

De même, en l’espèce, bien que la violation de la *Charte* ait précédé la perquisition légale effectuée en application d’une autorisation judiciaire préalable, je ne pense pas que la perquisition subséquente soit suffisamment «viciée» pour rendre inadmissibles les fruits de cette perquisition légale. La gravité de l’intrusion inconstitutionnelle est minime et les policiers ont violé un intérêt pour lequel l’attente objective en matière de vie privée est comparativement faible. La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d’autres moyens d’enquête semblaient exclus. Enfin, il est révélateur que la police ait effectivement obtenu un mandat de perquisition avant la perquisition réelle de la maison d’habitation. À mon avis, ces facteurs appuient la conclusion de «bonne foi» de la part des autorités à laquelle est arrivé le juge du procès, et la combinaison de tous ces éléments m’amène à conclure que la «gravité de la violation de la *Charte*» ne milite pas contre l’utilisation de la preuve.

L’effet sur le système

Enfin, dans l’étude des facteurs à considérer pour déterminer si un élément de preuve est admissible en application du par. 24(2), il faut examiner les répercussions qu’aura son utilisation ou son exclusion sur l’image de la justice. Comme on le dit dans l’arrêt *Jacoy*, précité, «[l]’administration de la justice est susceptible d’être déconsidérée par l’exclusion d’éléments de preuve essentiels pour justifier l’accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine» (p. 559). Bien qu’elle ne soit pas anodine, la violation des droits que la *Charte* reconnaît à l’appelant est beaucoup moins grave que le serait une fouille de sa personne. De plus, dans l’arrêt *Jacoy*, précité, notre Cour a fait quelques commentaires généraux relativement à l’effet sur le système judiciaire de l’exclusion de la preuve matérielle que constituent des stupéfiants (à la p. 560):

The offences with which the appellant was charged constitute serious social evils. The narcotics are an essential piece of evidence to substantiate the charge In my view, the decision to exclude the evidence in light of all the circumstances would do violence to the repute of the justice system.

I find this dictum of particular relevance to the instant case. The manifest culpability of the appellant, in combination with the low level intrusion on his reasonable expectation of privacy from the *Charter* breach, in my view weighs heavily in favour of the admissibility of real evidence of marijuana cultivation.

4. Conclusion

In conclusion, although the Court of Appeal erred in finding no violation of the *Charter* rights of the appellant pursuant to s. 8, the real evidence of marijuana cultivation found during the lawful search of the appellant's dwelling-house is admissible pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. The evidence is real evidence, the seriousness of the *Charter* violation is relatively minor and arose as a result of a misapprehension of the law on the part of a police officer.

Consequently, I would uphold the decision of the Court of Appeal of British Columbia to admit the evidence and order a new trial on the charges of possession of marijuana for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act* and cultivating marijuana contrary to s. 6(1) of the Act.

The judgment of Wilson, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—I have had the benefit of reading the reasons for judgment prepared in this appeal by Chief Justice Dickson, and I agree with him, for the reasons he gives, that the warrantless perimeter search conducted in this case was unlawful and therefore unreasonable within the meaning of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree also that this is a proper case for this Court to consider *de novo* the question of the admissibility under s. 24(2) of the evidence obtained as a consequence of the search. I must,

Les infractions dont est accusé l'appelant sont la source de nombreux maux pour la société. Les stupéfiants constituent un élément de preuve essentiel pour justifier l'accusation. [...] À mon sens, la décision d'écarter les éléments de preuve, eu égard aux circonstances, aurait pour effet de déconsidérer le système judiciaire.

J'estime cette opinion incidente particulièrement pertinente en l'espèce. La culpabilité manifeste de l'appelant, conjuguée au faible degré de violation de son attente raisonnable en matière de vie privée, milite fortement en faveur de l'utilisation de la preuve matérielle de culture de chanvre indien.

4. Conclusion

Bien que la Cour d'appel ait commis une erreur en concluant à l'absence de violation de droits reconnus à l'appelant par l'art. 8 de la *Charte*, la preuve matérielle de culture de chanvre indien découverte au cours de la perquisition légale de la maison d'habitation de l'appelant est admissible en application du par. 24(2) de la *Charte*. Il s'agit d'une preuve matérielle et la violation de la *Charte* est relativement mineure et résulte d'une mauvaise compréhension de la loi par un agent de police.

Par conséquent, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui admet la preuve et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur les accusations de possession de chanvre indien en vue d'en faire le trafic, en contravention du par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*, et de culture de chanvre indien, en contravention du par. 6(1) de la Loi.

Version française du jugement des juges Wilson, La Forest, Sopinka et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés dans le présent pourvoi par le juge en chef Dickson, et je suis d'accord avec lui pour dire que la perquisition périphérique sans mandat effectuée en l'espèce était illégale et par conséquent abusive au sens de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens également qu'il s'agit d'un cas approprié où notre Cour peut réexaminer, sous le régime du par. 24(2), la question de l'admissibilité de la preuve obtenue par suite de la perquisition. Avec égards

however, respectfully disagree with Dickson C.J.'s conclusion that the evidence in this case ought not to be excluded.

Section 24(2)

The factors to be considered in assessing the admissibility of evidence under s. 24(2) fall into three broad categories: (1) factors concerning the effect of admission on the fairness of the trial; (2) factors concerning the seriousness of the violation; and (3) factors concerning the effect of exclusion on the reputation of the administration of justice: see *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, at pp. 283-86. I shall consider these categories in turn.

Trial Fairness

In *Collins* and subsequent cases this Court has developed a distinction, for s. 24(2) purposes, between real evidence which exists irrespective of *Charter* violations, and self-incriminatory evidence created by *Charter* violations. Lamer J. (as he then was) stated in *Collins*, at p. 284: "Real evidence that was obtained in a manner that violated the *Charter* will rarely operate unfairly for that reason alone."

It is uncontroversial that the evidence obtained here is real evidence. I agree with Dickson C.J. that the nature of this evidence is not such that exclusion is required in accordance with the trial fairness rationale for exclusion, as described in *Collins*.

Seriousness of the Violation

The purpose of considering factors relating to the seriousness of the *Charter* violation is to assess the disrepute that the administration of justice would suffer as a consequence of judicial acceptance of evidence obtained through a serious *Charter* breach. The Court must refuse to condone, and must dissociate itself from, egregious police conduct: see, e.g., *Collins, supra*, at pp. 285 and 288; and *R. v. Greffe*, [1990] 1 S.C.R. 755, per Lamer J., at pp. 784 and 796. Relevant factors in this portion of the s. 24(2) inquiry include such questions as: Was the violation deliberate, wilful or flagrant, or was it committed in good faith? Was

toutefois, je ne souscris pas à la conclusion du juge en chef Dickson selon laquelle la preuve en l'espèce ne devrait pas être exclue.

Paragraphe 24(2)

Les facteurs à considérer pour évaluer l'admissibilité de la preuve en vertu du par. 24(2) se divisent en trois grandes catégories: (1) les facteurs concernant l'effet de l'admission sur l'équité du procès; (2) les facteurs concernant la gravité de la violation; et (3) les facteurs concernant l'effet de l'exclusion sur la réputation de l'administration de la justice: voir l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, aux pp. 283 à 286. J'examinerai ces catégories chacune à leur tour.

L'équité du procès

Dans l'arrêt *Collins* et les arrêts ultérieurs, notre Cour a dégagé une distinction, aux fins du par. 24(2), entre la preuve matérielle qui existe indépendamment des violations de la *Charte*, et la preuve auto-incriminante découlant des violations de la *Charte*. Voici ce qu'affirmait le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Collins* à la p. 284: «Une preuve matérielle obtenue d'une manière contraire à la *Charte* sera rarement de ce seul fait une cause d'injustice.»

Il est admis que la preuve obtenue en l'espèce est une preuve matérielle. Comme le juge en chef Dickson, j'estime que la nature de cette preuve n'exige pas son exclusion dans le contexte des facteurs d'exclusion relatifs à l'équité du procès, tels qu'ils sont décrits dans l'arrêt *Collins*.

La gravité de la violation

L'examen des facteurs relatifs à la gravité de la violation de la *Charte* a pour objet d'évaluer dans quelle mesure l'utilisation par les tribunaux d'éléments de preuve obtenus à la suite d'une violation grave de la *Charte* est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Notre Cour doit refuser l'absolution judiciaire d'une conduite inacceptable de la police et s'en dissocier: voir, par exemple, l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 285 et 288; et l'arrêt *R. c. Greffe*, [1990] 1 R.C.S. 755, le juge Lamer, aux pp. 784 et 796. Les facteurs pertinents à cette étape de l'enquête fondée sur le par. 24(2) incluent les questions suivantes: La

the violation motivated by urgency or necessity to preserve evidence? Were other investigative techniques available? (See *Collins, supra*, at p. 285.)

Upon considering the facts of the present case, I have concluded that the police conduct at issue represents an extremely serious *Charter* violation, from several perspectives. I should point out at the outset that I agree with Dickson C.J. that Judge Cashman may have placed too great an emphasis on the availability of other investigative techniques. I cannot, however, draw the same conclusion from that error that Dickson C.J. appears to draw. Dickson C.J. states: "it was the paucity of other investigative techniques that provoked the actions of the police and this fact does not necessarily militate against the admission of the evidence" (p. 20). Later in his reasons, Dickson C.J. cites this factor as support for the view that the *Charter* violation here was not serious: "The motivation behind the *Charter* infringement was to obtain evidence in a situation in which other avenues of investigation seemed to have been foreclosed" (p. 25). Of course, the reason why other investigative techniques were unavailable is that the police did not have the requisite grounds to obtain either a search warrant or an authorization to intercept private communications pursuant to the *Criminal Code*.

In my respectful view, the unavailability of other, constitutionally permissible, investigative techniques is neither an excuse nor a justification for constitutionally impermissible investigative techniques. In *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, La Forest J. (Dickson C.J. concurring) reiterated the requirement in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, that where feasible a warrant must be obtained, and stated (at p. 437):

... when the facts are scrutinized, the most probable reason why no warrant was obtained was because the officer lacked the requisite belief that the accused had committed an offence and that the seizure was likely to yield evidence which was probative of that offence. Not

violation était-elle délibérée, volontaire ou flagrante ou a-t-elle été commise de bonne foi? A-t-elle été motivée par l'urgence de la situation ou la nécessité de conserver la preuve? Y avait-il d'autres méthodes d'enquête? (Voir *Collins*, précité, à la p. 285.)

Après avoir examiné les faits de l'espèce, j'ai conclu que la conduite policière en cause constitue, à plusieurs points de vue, une violation extrêmement grave de la *Charte*. Je devrais d'abord faire remarquer que je suis d'accord avec le juge en chef Dickson pour dire que le juge Cashman peut avoir accordé trop d'importance à l'existence d'autres méthodes d'enquête. Je ne saurais toutefois tirer la même conclusion que celle à laquelle semble en être arrivé le juge en chef Dickson quant à cette erreur. Ce dernier affirme: «c'est la rareté d'autres techniques d'enquête qui a provoqué les actes de la police et ce fait ne milite pas nécessairement contre l'utilisation des éléments de preuve» (p. 20). Plus loin, le juge en chef Dickson invoque ce facteur pour dire que la violation de la *Charte* en l'espèce n'était pas grave: «La violation de la *Charte* était motivée par le désir de recueillir des éléments de preuve dans une situation où d'autres moyens d'enquête semblaient exclus» (p. 25). Bien sûr, la raison pour laquelle il n'y avait pas d'autres méthodes d'enquête est que la police n'avait pas les motifs requis pour obtenir un mandat de perquisition ou l'autorisation d'intercepter des communications privées en vertu du *Code criminel*.

À mon humble avis, l'inexistence d'autres méthodes d'enquête, admissibles sur le plan constitutionnel, n'est ni une excuse ni une justification pour utiliser des méthodes d'enquête inadmissibles sur le plan constitutionnel. Dans l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, le juge La Forest (avec l'appui du juge en chef Dickson) a réitéré l'exigence énoncée dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, selon laquelle il faut, dans la mesure du possible, obtenir un mandat et il a déclaré, à la p. 437:

... si on examine les faits de près, on se rend compte que le motif le plus probable pour lequel aucun mandat n'a été obtenu est que l'agent n'avait pas la conviction requise que l'accusé avait commis une infraction et que la saisie serait susceptible de fournir des éléments de

only do the circumstances not reveal circumstances capable of justifying the failure to obtain a warrant, but the conduct of the police failed to comport with the minimal constitutional requirement that there be reasonable and probable grounds to believe that the search would yield evidence. [Emphasis in original.]

Where the police have nothing but suspicion and no legal way to obtain other evidence, it follows that they must leave the suspect alone, not charge ahead and obtain evidence illegally and unconstitutionally. Where they take this latter course, the *Charter* violation is plainly more serious than it would be otherwise, not less. Any other conclusion leads to an indirect but substantial erosion of the *Hunter* standards. The Crown would happily concede s. 8 violations if they could routinely achieve admission under s. 24(2) with the claim that the police did not obtain a warrant because they did not have reasonable and probable grounds. The irony of this result is self-evident. It should not be forgotten that *ex post facto* justification of searches by their results is precisely what the *Hunter* standards were designed to prevent: see *Hunter, supra, per Dickson J.* (as he then was), at p. 160; and *Greffe, supra, per Lamer J.*, at pp. 790 and 798.

From the point of view of individual privacy, which is the essential value protected by s. 8 of the *Charter*, this illegal intrusion onto private property must be seen as far from trivial or minimal. Even before the enactment of the *Charter*, individuals were entitled to expect that their environs would be free of prowling government officials unless and until the conditions for the exercise of legal authority are met: see *Eccles v. Bourque*, [1975] 2 S.C.R. 739; and *Colet v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 2. The elevation of that protection to the constitutional level signifies its deep roots in our legal culture. La Forest J. put it this way in *Dyment, supra*, in words that commend themselves to me (at pp. 427-28):

preuve établissant l'existence de cette infraction. Non seulement les circonstances ne révèlent-elles pas des conditions pouvant justifier l'omission d'obtenir un mandat, mais encore elles montrent que le policier ne s'est pas conformé à l'exigence constitutionnelle minimale qu'il y ait des motifs raisonnables et probables de croire que la saisie permettrait de réunir des éléments de preuve. [Je souligne.]

Lorsque la police n'a que des soupçons et ne peut légalement obtenir d'autres éléments de preuve, elle doit alors laisser le suspect tranquille, et non aller de l'avant et obtenir une preuve d'une manière illégale et inconstitutionnelle. Si elle agit ainsi, la violation de la *Charte* est beaucoup plus grave qu'elle ne le serait autrement, elle ne l'est pas moins. Toute autre conclusion entraînerait une érosion indirecte mais importante des critères énoncés dans l'arrêt *Hunter*. La poursuite concéderait volontiers qu'il y a eu violation de l'art. 8 si elle pouvait systématiquement obtenir l'utilisation de la preuve en vertu du par. 24(2) en prétendant que la police n'a pas obtenu de mandat parce qu'elle n'avait pas de motifs raisonnables et probables pour ce faire. L'ironie de ce résultat est évidente. Il ne faut pas oublier que la justification après coup des fouilles et perquisitions par leurs résultats est précisément ce que les critères énoncés dans l'arrêt *Hunter* visaient à éviter: voir l'arrêt *Hunter*, précité, le juge Dickson (tel était alors son titre), à la p. 160; et l'arrêt *Greffe*, précité, le juge Lamer, aux pp. 790 et 798.

Sur le plan de la vie privée, qui est la valeur essentielle protégée par l'art. 8 de la *Charte*, cette intrusion illégale dans une propriété privée n'est ni anodine ni minime. Même avant l'adoption de la *Charte*, les particuliers avaient le droit de s'attendre à ce que leur environnement soit protégé contre des fonctionnaires fureteurs, à moins que ceux-ci ne satisfassent aux conditions requises pour exercer leurs pouvoirs légaux: voir les arrêts *Eccles c. Bourque*, [1975] 2 R.C.S. 739; et *Colet c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 2. L'élévation de cette protection au niveau constitutionnel indique son enracinement profond dans notre culture juridique. Dans l'arrêt *Dyment*, précité, le juge La Forest s'exprime en des termes non équivoques, aux pp. 427 et 428:

Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

An equally important aspect of the seriousness of the violation is the manner in which the police conducted themselves in deciding to execute this warrantless perimeter search. Was the s. 8 violation committed in "good faith", or was it "flagrant"? Both are terms of art in s. 24(2) cases. To decide whether either term is appropriate in the circumstances it is necessary to examine the evidence given at the preliminary hearing and read in the s. 24(2) application at trial. The relevant portion of the cross-examination of Constable Povarchook reads as follows:

Q: On November the fourth, when you went to the property and sniffed around, if I can say that, you didn't have a search warrant did you?

A: No, I did not.

Q: At that time all you had was a suspicion that there was something going on in the house? You had no reasonable or probable grounds at that point did you?

A: Well, that fact is a matter of opinion.

Q: I'm asking your opinion. Did you have reasonable and probable grounds?

A: I did, Your Honour.

Q: Why didn't you go and get a search warrant?

A: I don't believe I had enough to get a search warrant to enter the residence.

Q: Did you believe on November 4, 1986 that you had reasonable and probable grounds to believe that an offense had been committed on the property under the Narcotic Control Act before you went to the property?

A: Your Honour, I believed—

Q: Can you just answer the question, please, Constable?

Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.

Un aspect tout aussi important de la gravité de la violation est la façon dont la police a agi en décidant d'effectuer cette perquisition périphérique sans mandat. La violation de l'art. 8 a-t-elle été commise «de bonne foi» ou était-elle «flagrante»? Ce sont deux termes techniques dans les affaires concernant le par. 24(2). Pour décider si l'un ou l'autre terme est approprié dans les circonstances, il faut examiner la preuve présentée à l'enquête préliminaire et produite au procès dans le cadre de la demande présentée en vertu du par. 24(2). Voici l'extrait pertinent du contre-interrogatoire de l'agent Povarchook:

[TRADUCTION]

Q: Le 4 novembre, lorsque vous vous êtes rendu sur la propriété et avez rôdé, si je puis m'exprimer ainsi, vous n'étiez pas muni d'un mandat de perquisition?

R: Non.

Q: À ce moment-là, vous soupçonniez seulement que quelque chose se passait dans la maison? Vous n'aviez pas de motifs raisonnables et probables, n'est-ce pas?

R: Eh bien, c'est une question d'opinion.

Q: Je vous demande votre opinion. Aviez-vous des motifs raisonnables et probables?

R: Oui, Votre Honneur.

Q: Pourquoi n'êtes-vous pas allé chercher un mandat de perquisition?

R: Je ne croyais pas avoir suffisamment de preuves pour obtenir un mandat de perquisition me permettant d'entrer dans la résidence.

Q: Croyiez-vous le 4 novembre 1986 que vous aviez des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction à la Loi sur les stupéfiants avait été commise sur la propriété avant de vous y rendre?

R: Votre Honneur, je croyais—

Q: Pourriez-vous répondre à la question, s'il-vous-plaît?

A: Can you re-ask the question?

Q: I'll have it read back, if you like.

(COURT REPORTER READS BACK AS REQUESTED)

Q: I note that you are taking your time. Do you have trouble understanding the question? Is your answer yes or no? Is that a yes or no?

A: No, with a qualification.

Q: It is a no with a qualification. You did not believe that you had reasonable and probable grounds before you went on November 4, 1986.

A: I did not have reasonable and probable grounds to believe that there was an offense being committed. I had a suspicion.

Q: Surely, you must have suspected something to go there?

A: Well, I had more than just suspicion. I had solid grounds, but not enough for a search warrant.

Q: Were you invited onto the property on November 4, 1986?

A: No, I was not, Your Honour.

Q: Did you have any authority to go onto the property on November 4, 1986?

A: Any authority?

Q: Any authority.

A: Well, I was in the execution of my duties. Whether or not that's authority or not, I'm not sure.

Q: That is the only authority you can think of?

A: Yes.

Q: You weren't chasing a felon? You weren't after someone who was in the process of—someone committing an indictable offense.

A: No, I was not.

Q: You didn't believe you had to go on to the property immediately on November fourth to preserve evidence did you?

A: No, I did not. [Emphasis added.]

With respect to those who hold a contrary view, I cannot find that this state of affairs constitutes good faith capable of mitigating the seriousness of the s. 8 violation that occurred here. Judge Cashman, however, expressly found that there was good faith. He stated:

R: Pouvez-vous répéter la question?

Q: Je demanderai qu'elle vous soit lue de nouveau, si vous le désirez.

(LE STÉNOGRAPHE JUDICIAIRE LIT DE NOUVEAU LA QUESTION POSÉE)

Q: Je remarque que vous prenez votre temps. Avez-vous de la difficulté à comprendre la question? Répondez-vous oui ou non? Est-ce un oui ou un non?

R: Non, avec réserve.

Q: C'est un non avec réserve. Vous ne croyiez pas avoir des motifs raisonnables et probables avant de vous rendre à cet endroit le 4 novembre 1986?

R: Je n'avais pas de motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction était en train d'être commise. J'avais des soupçons.

Q: Vous deviez sûrement soupçonner quelque chose pour aller là-bas?

R: Bien, j'avais plus que des soupçons. J'avais des motifs solides, mais pas suffisants pour obtenir un mandat de perquisition.

Q: Avez-vous été invité à vous rendre sur cette propriété le 4 novembre 1986?

R: Non, Votre Honneur.

Q: Aviez-vous l'autorisation de vous rendre sur cette propriété le 4 novembre 1986?

R: N'importe quelle autorisation?

Q: N'importe quelle autorisation.

R: Bien, j'étais dans l'exercice de mes fonctions. Est-ce une source de pouvoir, je ne suis pas certain.

Q: C'est la seule autorisation qui vous vient à l'esprit?

R: Oui.

Q: Vous ne poursuiviez pas un malfaiteur? Vous ne suiviez pas quelqu'un qui était en train de—quelqu'un qui commettait un acte criminel.

R: Non.

Q: Vous ne pensiez pas que vous deviez vous rendre immédiatement sur la propriété le 4 novembre pour conserver des éléments de preuve?

R: Non. [Je souligne.]

Avec égards pour l'opinion contraire, je ne peux conclure que cette situation constitue un cas de bonne foi susceptible de réduire la gravité de la violation de l'art. 8 qui s'est produite en l'espèce. Le juge Cashman a toutefois conclu qu'il y avait eu bonne foi. Voici ce qu'il a affirmé:

From what I have heard in this case, I have no reason to doubt what Constable Povarchook did on November 4th at two o'clock in the morning he did in good faith, albeit one may well view his procedure as somewhat of a shortcut in obtaining the evidence necessary to found a search warrant. [Emphasis added.]

This finding is vulnerable on two grounds. First, on its own terms, the finding of good faith is equivocal. The "shortcut" referred to in the emphasized passage was a search conducted in the knowledge that legal search powers were unavailable. The evidence clearly discloses that the police officers knew that they had insufficient grounds either to exercise the power to search without a warrant granted by s. 10(1)(a) of the *Narcotic Control Act*, or to obtain a search warrant pursuant to s. 10(2). The best answer provided to the question of any alternative source of lawful authority was a tentative "I'm not sure".

Second, even if Judge Cashman found that the Constable honestly but mistakenly believed that he had the power to search, it is my view that in these circumstances the Constable simply cannot be heard to say that he misapprehended the scope of his authority. As Dickson C.J. has amply demonstrated in his reasons in this appeal, "[t]his Court consistently has held that the common law rights of the property holder to be free of police intrusion can be restricted only by powers granted in clear statutory language" (p. 17). The contrary contention is, in Dickson C.J.'s words, "without foundation". The police must be taken to be aware of this Court's judgments in *Eccles* and *Colet*, and the circumscription of police powers that those judgments represent.

Either the police knew they were trespassing, or they ought to have known. Whichever is the case, they cannot be said to have proceeded in "good faith", as that term is understood in s. 24(2) jurisprudence. I find support for this conclusion in *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59, in which Dickson C.J., speaking for the Court, held that the Crown

[TRANSLATION] Les témoignages en l'espèce ne me donnent aucune raison de douter que l'agent Povarchook ait agi de bonne foi à deux heures du matin le 4 novembre, même si on peut considérer sa façon d'agir un peu comme un raccourci pour obtenir la preuve nécessaire pour justifier un mandat de perquisition. [Je souligne.]

Cette conclusion est attaquable pour deux motifs. En premier lieu, selon les termes mêmes du juge, la conclusion relative à la bonne foi est équivoque. Le «raccourci» dont il est fait mention dans l'extrait souligné était une perquisition effectuée par une personne qui savait qu'il n'y avait pas de pouvoirs légaux de perquisition. La preuve révèle clairement que les policiers savaient qu'ils n'avaient pas de motifs suffisants soit pour exercer ce pouvoir de perquisition sans mandat décerné en vertu de l'al. 10(1)a de la *Loi sur les stupéfiants*, soit pour obtenir un mandat de perquisition en vertu du par. 10(2). Tout ce que l'agent a trouvé à répondre à la question concernant une autre source possible d'autorisation légale était «je ne suis pas certain».

En second lieu, même si le juge Cashman a conclu que l'agent a cru honnêtement mais à tort qu'il avait le pouvoir de perquisitionner, j'estime que, dans ces circonstances, celui-ci ne peut tout simplement pas prétendre qu'il avait mal compris la portée de son autorité. Comme le juge en chef Dickson l'a clairement démontré dans ses motifs en l'espèce, «[n]otre Cour a toujours dit que les droits que la common law reconnaît au détenteur d'un bien de ne pas subir d'intrusion policière ne peuvent être restreints que par des pouvoirs conférés par des dispositions législatives claires» (p. 17). Tout argument contraire est, selon les termes du juge en chef Dickson, «sans fondement». La police est censée être au courant des arrêts *Eccles* et *Colet* de notre Cour et de la restriction des pouvoirs policiers qui découle de ces jugements.

Ou bien les policiers savaient que c'était une intrusion, ou bien ils auraient dû le savoir. Dans l'un ou l'autre cas, on ne peut pas dire qu'ils ont agi «de bonne foi», au sens où on l'entend dans la jurisprudence fondée sur le par. 24(2). Pour arriver à cette conclusion, je m'appuie sur l'arrêt *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59, où le juge en chef

could not argue that the police officers' failure to recognize obvious defects in a search warrant was inadvertent. Even in the absence of evidence of bad faith the seriousness of the *Charter* violation in that case was enhanced, because "the defects in the search warrant were serious and the police officers should have noticed them" (emphasis added, p. 87); and later: "Well-established common law limitations on the powers of the police to search were ignored" (p. 91). In his reasons in this case, Dickson C.J. points out that the error made by the police officer as to his authority to search was shared by a unanimous Court of Appeal. I do not agree. The Court of Appeal expressly found that the conduct of the police constituted a trespass but that in all the circumstances, this did not constitute an unreasonable search and seizure.

I do not wish to be understood as imposing upon the police a burden of instant interpretation of court decisions. The question of the length of time after a judgment that ought to be permitted to pass before knowledge of its content is attributed to the police for the purposes of assessing good faith is an interesting one, but it does not arise on these facts. The police here had the benefit of slightly more than twelve years to study *Eccles*, slightly less than six years to consider *Colet*, and slightly more than two years to digest the constitutional warrant requirement set out in *Hunter*. Any doubt they may have had about their ability to trespass in the absence of specific statutory authority to do so was manifestly unreasonable, and cannot, as a matter of law, be relied upon as good faith for the purposes of s. 24(2).

There is, in my opinion, a world of difference between the police conduct said to constitute good faith in this case and the police conduct endorsed by this Court in *R. v. Sieben*, [1987] 1 S.C.R. 295; *R. v. Hamill*, [1987] 1 S.C.R. 301; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; and *R. v. Wiggins*, [1990] 1 S.C.R. 62. In each of those cases, the police acted pursuant to express statutory authority that ren-

Dickson, au nom de notre Cour, a jugé que la poursuite ne pouvait pas prétendre que les policiers avaient par inadvertance omis de reconnaître les vices évidents dans un mandat de perquisition. ^a Même en l'absence d'une preuve de mauvaise foi, la gravité de la violation de la *Charte* dans ce cas était augmentée du fait que «les vices que comportait le mandat de perquisition étaient graves et les policiers auraient dû les remarquer» (je souligne, p. 87); et plus loin: «Ils n'ont pas tenu compte des restrictions bien établies que la *common law* impose aux pouvoirs de perquisition de la police» (p. 91). Dans ses motifs en l'espèce, le juge en chef ^b Dickson souligne que la Cour d'appel, à l'unanimité, a accepté l'erreur faite par le policier quant à son pouvoir de perquisitionner. Je ne suis pas d'accord. La Cour d'appel a expressément conclu que la conduite de la police équivalait à une intrusion mais que, vu l'ensemble des circonstances, cela ne constituait pas une fouille, une perquisition ou une saisie abusive. ^c

Je ne veux pas que l'on pense que j'impose à la police l'obligation d'interpréter instantanément les décisions judiciaires. La question du délai qui devrait être alloué après un jugement pour que la police soit censée avoir pris connaissance de son contenu, aux fins de déterminer sa bonne foi, est une question intéressante, mais elle ne se pose pas en l'espèce. La police a bénéficié d'un peu plus de douze ans pour étudier l'arrêt *Eccles*, d'un peu moins de six ans pour examiner l'arrêt *Colet*, et d'un peu plus de deux ans pour comprendre l'exigence du mandat énoncée dans l'arrêt *Hunter*. Tout doute qu'elle aurait pu avoir quant à sa capacité de commettre une intrusion en l'absence d'un pouvoir expressément prévu par la loi à cette fin était manifestement déraisonnable et ne saurait, en droit, être invoqué pour justifier sa bonne foi aux fins du par. 24(2). ^d

Il y a, à mon avis, toute la différence du monde entre la conduite policière qui est censée être de bonne foi en l'espèce et la conduite policière acceptée par notre Cour dans les arrêts *R. c. Sieben*, [1987] 1 R.C.S. 295; *R. c. Hamill*, [1987] 1 R.C.S. 301; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; et *R. c. Wiggins*, [1990] 1 R.C.S. 62. Dans chacun de ces cas, la police a agi conformément à un pouvoir

dered the particular search lawful. The police are entitled, indeed they have a duty, to assume that the search powers granted to them by Parliament are constitutionally valid, and to act accordingly. The police cannot be expected to predict the outcome of *Charter* challenges to their statutory search powers, and the success of a challenge to such a power does not vitiate the good faith of police officers who conducted a search pursuant to the power. Where, however, police powers are already constrained by statute or judicial decisions, it is not open to a police officer to test the limits by ignoring the constraint and claiming later to have been "in the execution of my duties". This excuse has been obsolete since, at least, the decision of this Court in *Colet* (see *Ritchie J.*, at p. 9).

In conclusion on this point, the *Charter* violation at issue was very serious, and was in no sense mitigated by good faith on the part of the investigating officers.

Effect of Exclusion on the Reputation of the Administration of Justice

The final category of factors to be considered under s. 24(2) concerns the effect that judicial exclusion of relevant and probative evidence could have on the reputation of the administration of justice. If exclusion would occasion greater disrepute than admission, then the impugned evidence ought to be admitted: see *Collins, supra*, at pp. 285-86.

The offences with which the appellant is charged are serious offences, though narcotics offences involving marijuana are generally regarded as less serious than those involving "hard" drugs such as cocaine and heroin. The appellant would seem to be plainly guilty, and the impugned evidence is required for a conviction. It cannot be denied that the administration of justice could suffer some degree of disrepute from the exclusion of this evidence.

expressément prévu par la loi qui légitimait la perquisition effectuée. Elle a le droit, et même l'obligation, de présumer que les pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par le Parlement sont constitutionnels, et d'agir en conséquence. On ne peut pas s'attendre à ce que la police prédise le résultat des contestations judiciaires en vertu de la *Charte* de pouvoirs de perquisition qui lui sont conférés par la loi, et le succès de la contestation d'un tel pouvoir n'enlève rien à la bonne foi des policiers qui ont effectué une perquisition en vertu de ce pouvoir. Mais, lorsque les pouvoirs de la police sont déjà limités par une loi ou par des décisions judiciaires, il n'est pas loisible à un agent de police de tester ces limites en n'en tenant pas compte et en prétendant par la suite avoir été «dans l'exercice de ses fonctions». Cette excuse ne peut plus être invoquée depuis au moins la décision de notre Cour dans l'arrêt *Colet* (voir le juge *Ritchie* à la p. 9).

Pour conclure sur ce point, la violation de la *Charte* en question était très grave et n'était d'aucune façon tempérée par la bonne foi des agents enquêteurs.

L'effet de l'exclusion sur la réputation de l'administration de la justice

La dernière catégorie de facteurs à considérer sous le régime du par. 24(2) concerne l'effet que l'exclusion par les tribunaux d'une preuve pertinente et probante pourrait avoir sur la réputation de l'administration de la justice. Si l'exclusion d'une preuve entraînait une plus grande déconsidération que ne le ferait son utilisation, la preuve contestée devrait alors être utilisée: voir l'arrêt *Collins*, précité, aux pp. 285 et 286.

Les infractions dont l'appellant est inculpé sont graves, bien que les infractions relatives aux stupéfiants tels que le chanvre indien soient généralement considérées comme moins sérieuses que celles qui concernent des drogues «dures» comme la cocaïne et l'héroïne. L'appellant semble clairement coupable et la preuve contestée est nécessaire pour qu'il soit déclaré coupable. Il est indéniable que l'exclusion de cette preuve pourrait, dans une certaine mesure, déconsidérer l'administration de la justice.

However, I have concluded, not without reluctance, that the administration of justice would suffer far greater disrepute from the admission of this evidence than from its exclusion. This Court must not be seen to condone deliberate unlawful conduct designed to subvert both the legal and constitutional limits of police power to intrude on individual privacy. As Dickson C.J. stated in *Genest, supra*, at p. 92: "the breach was not merely technical or minor". The violation of s. 8 of the *Charter* that occurred in this case must be regarded as flagrant, and the disrepute to the justice system that would necessarily result from the admission of the impugned evidence cannot be counterbalanced by speculation about the disrepute that might flow from its exclusion.

Conclusion

In view of the foregoing, the evidence must be excluded pursuant to s. 24(2) of the *Charter*. I would, therefore, allow the appeal and restore the acquittal.

Appeal allowed, DICKSON C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

J'ai toutefois conclu, non sans quelque hésitation, que l'utilisation de cette preuve déconsidérerait l'administration de la justice beaucoup plus que ne le ferait son exclusion. Notre Cour ne peut donner à penser qu'elle tolère une conduite illégale délibérée destinée à passer outre les limites légales et constitutionnelles du pouvoir de la police de s'immiscer dans la vie privée. Comme le juge en chef Dickson l'affirmait dans l'arrêt *Genest*, précité, à la p. 92: «il ne s'agit pas d'une atteinte mineure ou de pure forme». La violation de l'art. 8 de la *Charte* qui est survenue en l'espèce doit être considérée comme flagrante, et la déconsidération du système judiciaire qui résulterait nécessairement de l'utilisation de la preuve contestée ne peut être compensée par la déconsidération hypothétique que pourrait entraîner son exclusion.

Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, la preuve doit être exclue conformément au par. 24(2) de la *Charte*. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittal.

Pourvoi accueilli, le juge en chef DICKSON et les juges L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Rosenberg & Rosenberg, Vancouver.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

Santiago Wong *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada and the
Attorney General for Alberta** *Interveners*

INDEXED AS: R. V. WONG

File No.: 20549.

1990: May 2; 1990: November 22.

Present: Dickson C.J.* and Lamer C.J.** and Wilson,
La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and
McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether admission into evidence of videotape would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

Evidence — Admissibility — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Admissibility of videotape — Whether video surveillance without authorization infringes s. 8 of the Charter — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter — Whether or not admission of evidence, if obtained in

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Santiago Wong *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

**Le procureur général du Canada et le
procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

b

RÉPERTORIÉ: R. C. WONG

N° du greffe: 20549.

1990: 2 mai; 1990: 22 novembre.

c

Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouille, perquisition et saisie abusives — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

f

Preuve — Admissibilité — Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — Admissibilité d'une bande magnétoscopique — La surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? — L'utili-

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

breach of the Charter, would bring administration of justice into disrepute.

Criminal law — Electronic video surveillance — Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization — Videotape entered into evidence — Whether video surveillance infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure — If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter.

Police installed a video camera without prior judicial authorization and monitored the activities in a hotel room registered to the appellant in the course of an investigation of a "floating" gaming house. They conducted a raid and found the appellant to be in possession of profit lists. They seized gaming paraphernalia and a large sum of money. The trial judge acquitted the appellant of keeping a common gaming house. He held that the video surveillance was a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and excluded the evidence thereby obtained under s. 24(2). The Court of Appeal allowed the appeal against acquittal and ordered a new trial on the ground that s. 8 was not violated.

The constitutional questions stated in this Court were: (1) whether surreptitious video surveillance by police of a hotel room without prior judicial authorization infringes s. 8 of the *Charter*; (2) if so, whether it is justified by s. 1 of the *Charter*; and (3) if those rights have been infringed, whether the admission into evidence of the videotape would bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ.: The degree of privacy reasonably expected in a free society would be seriously diminished by unrestricted video surveillance by agents of the state. A person who occupies a hotel room has a reasonable expectation of privacy, and a warrantless video search there constituted an unreasonable search and seizure. Whether persons who are the objects of an electronic search have a reasonable expectation of privacy does not depend on whether or not those persons were engaged in illegal activities. The protection of s. 8 of the *Charter* is meant to shield against warrantless video surveillance and the unauthorized video surveillance offended

la preuve obtenue en violation de la Charte est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

Droit criminel — Surveillance magnétoscopique — Preuve obtenue par une surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation — Bande magnétoscopique produite en preuve — La surveillance magnétoscopique viole-t-elle le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? — Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte?

Des agents de police ont installé une caméra vidéo sans autorisation judiciaire préalable et ils ont surveillé, dans le cadre d'une enquête visant une maison de jeu «flottante», les activités qui se déroulaient dans une chambre d'hôtel réservée par l'appellant. Ils ont effectué une descente et trouvé l'appellant en possession de listes de profit. Ils ont saisi du matériel de jeu ainsi qu'une importante somme d'argent. Le juge du procès a acquitté l'appellant accusé d'avoir tenu une maison de jeu. Il a statué que la surveillance magnétoscopique portait atteinte à l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et il a écarté la preuve obtenue par un tel moyen en se fondant sur le par. 24(2). La Cour d'appel a accueilli le pourvoi formé contre l'acquiescement et ordonné un nouveau procès au motif qu'il n'y avait pas eu violation de l'art. 8.

Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour étaient les suivantes: (1) la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte à l'art. 8 de la *Charte*? (2) si oui, est-elle justifiée par l'article premier de la *Charte*? et (3) si ces droits ont été violés, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens du par. 24(2) de la *Charte*?

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka: La surveillance magnétoscopique illimitée par des agents de l'État diminuerait d'une manière importante le degré de vie privée auquel nous pouvons raisonnablement nous attendre dans une société libre. Quiconque occupe une chambre d'hôtel s'attend raisonnablement au respect de sa vie privée, et une surveillance magnétoscopique sans mandat effectuée à cet endroit constitue une fouille, perquisition ou saisie abusive. La question de savoir si les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition électronique pouvaient raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée ne peut être liée à celle de savoir si ces personnes commet-

against the reasonable expectations of privacy protected by that section.

It is for Parliament, and not the courts, to devise a code of procedure for judicial pre-authorization of the use by law enforcement agencies of electronic video surveillance for the purposes of criminal investigations. The courts' function is to assess the constitutionality of such procedures. Part IV.1 of the *Criminal Code* dealing with electronic interception of oral communications did not apply to electronic video surveillance.

The surreptitious video surveillance was not justified by s. 1 of the *Charter*. However, the appellant did not establish that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute for the purposes of s. 24(2) of the *Charter*. The police acted in good faith and had reasonable and probable grounds to believe that the offence had been committed. The *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who had sought legal advice about the steps that could be taken to obtain evidence they could not otherwise obtain.

Per Lamer C.J. and McLachlin J.: Not every unauthorized electronic surveillance carried out by the agents of the state violates s. 8 of the *Charter*. *R. v. Duarte* stands for the proposition that the recording of a private communication, without the consent of all parties thereto, constitutes a search for the purpose of s. 8. Such a search may be reasonable only where prior judicial authorization has been obtained. Unauthorized surreptitious electronic surveillance will violate s. 8 where the target of the surveillance has a reasonable expectation of privacy. The consideration of whether an individual has a reasonable expectation of privacy can only be decided within the particular factual context of the surveillance. The appellant had no reasonable expectation of privacy as he had invited the public into the hotel room and, accordingly, no search took place within the meaning of s. 8.

Per Wilson J. (dissenting): The reasons of La Forest J. on the s. 8 violation were agreed with. The dissent was confined to the s. 24(2) issue.

étaient des actes illégaux. Les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* visent à nous protéger contre la surveillance magnétoscopique effectuée sans mandat et une telle surveillance non autorisée porte atteinte aux attentes raisonnables quant au respect de la vie privée garanties par cet article.

Il appartient au Parlement et non aux tribunaux d'élaborer un code régissant l'autorisation judiciaire préalable du recours, par les autorités responsables de l'application de la loi, à la surveillance magnétoscopique aux fins des enquêtes criminelles. Le rôle du tribunal consiste à vérifier la constitutionnalité de ces mesures. La partie IV.1 du *Code criminel* qui traite de l'interception électronique des communications orales ne s'applique pas à la surveillance magnétoscopique.

La surveillance vidéo effectuée subrepticement n'était pas justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*. L'appelant n'a pas démontré que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. Les policiers ont agi de bonne foi et ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction avait été commise. La violation de la *Charte* découlait d'une méprise tout à fait raisonnable quant à la loi par les policiers, qui ont demandé un avis juridique sur les mesures qui pouvaient être prises pour obtenir des éléments de preuve qu'ils n'auraient pu autrement obtenir.

Le juge en chef Lamer et le juge McLachlin: La surveillance électronique non autorisée effectuée par des agents de l'État ne viole pas toujours l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *R. c. Duarte* énonce le principe selon lequel l'enregistrement d'une communication privée, sans le consentement de toutes les parties à celle-ci, constitue une fouille ou une perquisition aux fins de l'art. 8. Une telle fouille ou perquisition ne peut être raisonnable que lorsqu'une autorisation judiciaire préalable a été obtenue. La surveillance électronique subreptice non autorisée porte atteinte à l'art. 8 lorsque la cible de celle-ci a une attente raisonnable quant au respect de la vie privée. La question de savoir si une personne a une attente raisonnable quant au respect de la vie privée ne peut être tranchée que dans le contexte factuel particulier de la surveillance. L'appelant n'avait aucune attente raisonnable quant au respect de la vie privée puisqu'il avait invité le public dans la chambre d'hôtel et par conséquent, il n'y a pas eu de fouille ou perquisition au sens de l'art. 8.

Le juge Wilson (dissidente): Il y avait accord avec les motifs du juge La Forest en ce qui concerne la violation de l'art. 8. La dissidence se limitait à la question du par. 24(2).

The presence of the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2) of the *Charter* suggests that the context is vital in determining whether evidence obtained in violation of *Charter* rights should nonetheless be admitted. The videotape evidence existed purely as a result of the violation of s. 8. In this sense it was analogous to a confession and quite different from evidence which has an independent existence apart entirely from the *Charter* violation.

Fair trial considerations favoured the exclusion of the videotape evidence. Police could and should have sought an authorization for a wiretap under Part IV.1 of the *Criminal Code*, at which time they could have put to the authorizing judge their desire to use video surveillance independent from or in addition to audio surveillance. Instead, they proceeded in blatant disregard for the appellant's *Charter* rights. Their conduct was deliberate and was not based on a reasonable, or indeed any, misunderstanding of the law. The admission of this evidence would bring the administration of justice into disrepute given the nature of the evidence, the gravity of the *Charter* infringement and the fact the offence with which the appellant was charged did not fall into the more serious category. To extend the principle in *Duarte* to this case is to ignore completely the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2).

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, leave to appeal refused, [1984] 2 S.C.R. ix; *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980); *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986); *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566; *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, leave to appeal refused [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 S.C.R. xii; *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. ix.

La présence des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2) de la *Charte* laisse entendre que le contexte est essentiel lorsqu'il s'agit de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation des droits reconnus par la *Charte* devraient néanmoins être admis. L'existence de la preuve magnétoscopique résultait purement et simplement de la violation de l'art. 8. En ce sens, elle est analogue à une confession et tout à fait différente d'une preuve qui existe indépendamment d'une violation de la *Charte*.

Les considérations relatives à l'équité du procès favorisent l'exclusion de la preuve magnétoscopique. Les agents de police pouvaient et devaient chercher à obtenir une autorisation en vue de procéder à une écoute électronique sous le régime de la partie IV.1 du *Code criminel*, et ils auraient pu alors faire connaître au juge concerné leur désir d'utiliser la surveillance magnétoscopique indépendamment de la surveillance audio ou en plus de celle-ci. Ils n'ont au contraire aucunement tenu compte des droits que possède l'appelant en vertu de la *Charte*. Leur conduite était délibérée et n'était pas fondée sur des motifs raisonnables ou même sur une méprise quant à la loi. L'utilisation de cette preuve est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice étant donné la nature de la preuve, la gravité de la violation de la *Charte* et le fait que l'infraction dont l'accusé était inculpé ne faisait pas partie de la catégorie des infractions très graves. Étendre le principe énoncé dans l'arrêt *Duarte* à l'espèce, c'est ne tenir aucun compte des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2).

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt examiné: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97, autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix; *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964); *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980); *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986); *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566; *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, autorisation de pourvoi refusée [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 R.C.S. xii; *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145; *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix.

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Duarte, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548; *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 9, 10(b), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 178.13(2)(c) [ad. S.C. 1973-74, c. 50, s. 2; am. S.C. 1976-77, c. 53, s. 9], (d) [ad. S.C. 1973-74, c. 50, s. 2] (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186(4)(c), (d)).

Authors Cited

Amsterdam, Anthony G. "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 19 O.A.C. 365, 34 C.C.C. (3d) 51, 56 C.R. (3d) 352, setting aside the accused's acquittal by Paris Prov. Ct. J. on a charge of keeping a common gaming house and ordering a new trial. Appeal dismissed, Wilson J. dissenting.

Alan D. Gold and *Aimée Gauthier*, for the appellant.

Casey Hill and *Susan Chapman*, for the respondent.

R. W. Hubbard, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jack Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka J.J. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the protection afforded by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against the surreptitious video recording of hotel rooms by the police in the absence of judicial authorization.

Citée par le juge Lamer

Arrêt mentionné: *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Duarte, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548; *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

^a Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 9 10b), 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 178.13(2)(c) [aj. S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2; mod. S.C. 1976-77, ch. 53, art. 9], *d*) [aj. S.C. 1973-74, ch. 50, art. 2] (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186(4)c), *d*)).

^b Doctrine citée

Amsterdam, Anthony G. «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 19 O.A.C. 365, 34 C.C.C. (3d) 51, 56 C.R. (3d) 352, qui a infirmé l'acquiescement de l'accusé par le juge Paris de la Cour provinciale à l'égard de l'accusation de tenir une maison de jeu et qui a ordonné un nouveau procès. ^f Pourvoi rejeté, le juge Wilson est dissidente.

Alan D. Gold et *Aimée Gauthier*, pour l'appellant.

^g *Casey Hill* et *Susan Chapman*, pour l'intimée.

R. W. Hubbard, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

^h *Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il est question dans le présent pourvoi de la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre l'enregistrement magnétoscopique effectué subrepticement dans des chambres d'hôtel par la police en l'absence d'autorisation judiciaire.

Facts

During the summer of 1984 the Toronto Police commenced an investigation aimed at determining the location of "floating" gaming houses frequented by gamblers of Oriental extraction. As part of this investigation, police officers attended at various downtown hotels and asked the security officers in those establishments to inform them of "anything unusual as to Orientals attending hotels".

Some time after this request, in September of the same year, the security staff at a major downtown hotel contacted the police with information relating to the possible use of their premises for illegal gaming. On September 17, the officers in charge of the gambling investigation went to the hotel and attended at a recently vacated room. There the officers found that the occupants of the room had rearranged the furniture in order to form a long table suitable for gambling. In addition, on searching the garbage the occupants had left behind, the police found many slips of paper bearing Chinese characters. The slips bore the address and number of the hotel room, and the chief investigating officer was able to identify these notices as similar to some which he knew were distributed to potential Oriental gamblers in various restaurants in Toronto's Chinatown area.

The police checked the hotel register and discovered that the appellant, Santiago Wong, had booked this room for the 19th and 20th of the same month. On the basis of their findings of the 17th, the police concluded that the room booked by the appellant might be used for illegal gambling. After determining that it would not be feasible to see into the room from the roof of the other wing of the hotel, the officers in charge of the investigation concluded that only video surveillance would enable them to further their investigation by actually monitoring what transpired in the room booked by the appellant. Notably, the police rejected the idea of employing undercover officers. On the basis of past experience, they were certain

Les faits

Au cours de l'été 1984, la police de Toronto a entrepris une enquête visant à déterminer les endroits où se tenaient des maisons de jeu «flottantes» fréquentées par des joueurs d'origine orientale. Dans le cadre de cette enquête, des agents de police se sont présentés à divers hôtels du centre de la ville et ont demandé aux agents de sécurité de ces établissements de les aviser de [TRADUCTION] «tout fait étrange touchant la fréquentation des hôtels par des Orientaux».

Quelque temps après cette demande, en septembre de la même année, le personnel de sécurité d'un important hôtel du centre de la ville a transmis à la police des renseignements sur l'usage possible de leurs locaux à des fins de jeu illicite. Le 17 septembre, les agents chargés de l'enquête sur les maisons de jeu se sont rendus à l'hôtel pour inspecter une chambre qui venait d'être libérée. Les agents y ont constaté que les occupants de la chambre avaient réaménagé le mobilier de façon à former une longue table adaptée à des activités de jeu. De plus, en fouillant dans les ordures laissées par les occupants, la police a trouvé bon nombre de morceaux de papier portant des caractères chinois. Les morceaux de papier portaient l'adresse et le numéro de la chambre d'hôtel en cause, et l'agent responsable de l'enquête a pu reconnaître que ces avis ressemblaient à ceux dont il savait qu'ils étaient distribués aux joueurs orientaux éventuels dans divers restaurants du quartier chinois de Toronto.

La police a vérifié le registre de l'hôtel et découvert que l'appellant, Santiago Wong, avait réservé cette chambre pour les 19 et 20 du même mois. En se fondant sur leurs constatations du 17 septembre, les agents de police ont conclu que la chambre réservée par l'appellant pouvait être utilisée à des fins de jeu illicite. Après avoir constaté l'impossibilité d'observer l'intérieur de la pièce à partir du toit de l'autre aile de l'hôtel, les agents chargés de l'enquête ont conclu que seule une surveillance magnétoscopique pouvait leur permettre de mener à bien leur enquête par l'observation de ce qui se passait dans la chambre réservée par l'appellant. Ils ont notamment rejeté l'idée de recourir à des agents d'infiltration. Selon leur expérience, les

that the gaming would be conducted behind locked doors, by and for Orientals alone. Since the identity of Oriental police officers was well known in the community, the investigating officers concluded it would be virtually impossible to infiltrate the gambling sessions with undercover operators.

Once it was determined that video surveillance was the only feasible way of monitoring what went on in the room, the officers contacted the Metro Police Intelligence Branch and a Crown Counsel to discuss the possibility of obtaining a warrant. These discussions left the police officers with the impression that it would not be possible to obtain judicial authorization to conduct the video surveillance. The investigators therefore decided to proceed without this authorization, and on September 19 the police installed a video camera in the drapery valence of the room that was registered to Mr. Wong. The camera had a lens about the size of the lead of a pencil and was attached to simultaneous recording equipment which the police monitored from an adjacent hotel room. The police installed this equipment with the permission and co-operation of the hotel management.

The police monitored the activities in the rooms on five separate occasions. These observations left no doubt that illegal gambling sessions were being held in the hotel suite. This surveillance culminated in a raid in the early morning hours of October 1, 1984. The police entered the room with a key provided by management and found a large group of Oriental males in the suite. A search of these persons revealed numerous slips of the type seized in the initial search of September 17. The appellant was found to be in possession of profit lists, while debt lists were seized from some of the other occupants of the room. The police were also able to seize gambling paraphernalia and a large amount of money found lying on the gaming table.

agents étaient convaincus que le jeu se déroulerait toutes portes verrouillées et en la présence exclusive d'Orientaux. L'identité des agents de police orientaux étant très bien connue dans le milieu, les agents chargés de l'enquête ont conclu qu'il serait pratiquement impossible de faire intervenir des agents d'infiltration dans ces séances de jeu.

Après avoir conclu que la surveillance magnétoscopique était le seul moyen pratique d'observer le déroulement des activités dans la chambre, les agents ont communiqué avec la Direction des services de renseignement de la police métropolitaine et avec un avocat du ministère public afin de discuter de la possibilité d'obtenir un mandat. À l'issue de ces discussions, les agents de police ont eu l'impression qu'il leur serait impossible d'obtenir l'autorisation judiciaire pour procéder à une surveillance magnétoscopique. Les enquêteurs ont par conséquent décidé d'agir sans cette autorisation et, le 19 septembre, la police a installé une caméra vidéo dans la cantonnière des rideaux de la chambre retenue par M. Wong. La caméra, dont la lentille avait environ la dimension d'une mine de crayon, était reliée à du matériel d'enregistrement simultané permettant un visionnement par la police dans une chambre d'hôtel adjacente. La police a installé ce matériel avec la permission et la collaboration de la direction de l'hôtel.

La police a surveillé les activités dans les chambres à cinq occasions distinctes. Ces observations montraient hors de tout doute que des séances de jeu illicite se tenaient dans la suite de l'hôtel. Cette surveillance s'est terminée par une descente aux petites heures du jour, le 1^{er} octobre 1984. La police est entrée dans la chambre à l'aide d'une clé fournie par la direction et elle y a trouvé un groupe composé de nombreux Orientaux de sexe masculin. La fouille de ces personnes a permis de découvrir de nombreux morceaux de papier semblables à ceux qui avaient été saisis lors de la première fouille du 17 septembre. L'appellant a été trouvé en possession de listes de profit, tandis que des listes de dettes étaient saisies sur la personne de certains autres occupants de la chambre. La police a également été en mesure de saisir du matériel de jeu de même qu'une importante somme d'argent qui se trouvait sur la table de jeu.

nology places at the disposal of law enforcement authorities in the future.

In his prophetic dissent in *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), Brandeis J. foresaw that the progress of science in furnishing government with the means of "espionage" could not be expected to stop with wiretapping. One may speculate, however, that even Brandeis J. could not have envisaged the vertiginous pace at which eavesdropping technology would develop in the latter half of this century. But in concluding, at p. 472, that clauses that guarantee to the individual protection against specific abuses of power must have a capacity of adaptation to a changing world, Brandeis J.'s words have lost none of their relevance. They find an echo in the pronouncement of Dickson C.J. observed in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, that constitutional provisions aimed at protecting individual rights and liberties must be interpreted as providing a continuing framework for the legitimate exercise of government power. These observations remind one that the broad and general right to be secure from unreasonable search and seizure guaranteed by s. 8 is meant to keep pace with technological development, and, accordingly, to ensure that we are ever protected against unauthorized intrusions upon our privacy by the agents of the state, whatever technical form the means of invasion may take.

Reasonable Expectations of Privacy

I noted above that the Court of Appeal, while not taking issue with the proposition that video surveillance could, in appropriate circumstances, constitute a search within the meaning of s. 8 of the *Charter*, held that that result would only follow where the person who was the object of the intrusion had a reasonable expectation of privacy. On the facts of this case, the court concluded that there was no such expectation. It is on this question as to what constitutes a reasonable expectation of privacy that I part company with the Court

l'avenir mettre à la disposition des autorités chargées de l'application de la loi.

Dans les motifs de dissidence prophétiques qu'il a prononcés dans l'arrêt *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), le juge Brandeis a prévu qu'il ne fallait pas s'attendre à ce que les progrès de la science, qui fournissent au gouvernement les moyens de procéder à de «l'espionnage», s'arrêtent à l'écoute. On peut toutefois penser que même le juge Brandeis ne pouvait prévoir le rythme vertigineux que prendrait l'évolution de la technologie de l'écoute au cours de la deuxième moitié de notre siècle. Les propos tenus par le juge Brandeis, lorsqu'il a conclu à la p. 472 que les clauses qui assurent aux particuliers une protection contre des abus de pouvoir précis doivent être susceptibles d'adaptation à un monde en évolution, sont toujours aussi pertinents. Ils reçoivent confirmation dans les motifs du juge en chef Dickson qui, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, a fait observer qu'il faut interpréter les dispositions d'ordre constitutionnel qui visent à protéger les droits et les libertés de la personne comme établissant un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale. Ces observations nous rappellent que le droit général à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garanti par l'art. 8 doit évoluer au rythme du progrès technologique et, par conséquent, nous assurer une protection constante contre les atteintes non autorisées à la vie privée par les agents de l'État, peu importe la forme technique que peuvent revêtir les divers moyens employés.

Attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée

Comme je l'ai déjà mentionné, même si elle n'avait rien à redire à la proposition portant que la surveillance magnétoscopique pouvait, dans des circonstances appropriées, constituer une fouille ou perquisition au sens de l'art. 8 de la *Charte*, la Cour d'appel a conclu qu'il n'en serait ainsi que lorsque la personne observée s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. Compte tenu des faits de l'espèce, la cour a conclu à l'inexistence d'une telle attente. C'est sur cette question de savoir ce qui constitue une attente raisonnable

The appellant and ten other accused were later charged with the offence of keeping a common gaming house. At trial, all the accused pleaded not guilty. On September 11, 1985, the trial judge dismissed the charges against all those concerned. He held the video surveillance of the accused to be a violation of s. 8 of the *Charter*, and excluded the evidence thereby obtained under s. 24(2) of the *Charter*. On March 20, 1987, the Crown's appeal to the Court of Appeal against the acquittal of the appellant and the other accused was allowed, and a new trial ordered ((1987), 19 O.A.C. 365). In a judgment to which I shall later have occasion to refer, Cory J.A., as he then was, writing for a unanimous court, held that surreptitious video surveillance would constitute a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter* in circumstances where the person observed by the camera had a reasonable expectation of privacy. However, he went on to conclude that on the facts of this case the appellant could not be said to have had a reasonable expectation of privacy. Accordingly, the Court of Appeal held, s. 8 of the *Charter* had no application and the evidence of the video surveillance was therefore admissible.

The Issues

I note at the outset that the pronouncements of this Court in *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, make it superfluous to enter into a lengthy discussion as to whether surreptitious video surveillance by agents of the state constitutes a search and seizure within the meaning of s. 8 of the *Charter*. In *Duarte*, this Court held that unauthorized electronic audio surveillance violates s. 8 of the *Charter*. It would be wrong to limit the implications of that decision to that particular technology. Rather what the Court said in *Duarte* must be held to embrace all existing means by which the agencies of the state can electronically intrude on the privacy of the individual, and any means which tech-

L'appelant et dix autres prévenus ont par la suite été accusés d'avoir tenu une maison de jeu. Au procès, les inculpés ont tous nié leur culpabilité. Le 11 septembre 1985, le juge de première instance a rejeté les accusations portées contre tous les inculpés. Il a conclu que la surveillance magnétoscopique des inculpés portait atteinte à l'art. 8 de la *Charte*, et il a écarté les éléments de preuve ainsi obtenus, en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Le 20 mars 1987, la Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public de l'acquiescement de l'appelant et des autres inculpés, et ordonné la tenue d'un nouveau procès ((1987), 19 O.A.C. 365). Dans un jugement sur lequel je reviendrai plus loin, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) qui a rendu le jugement unanime de la Cour d'appel a conclu qu'une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement constituerait une fouille, une perquisition ou une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte* dans des circonstances où la personne observée par la caméra s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée. Mais il a aussi conclu qu'à la lumière des faits de l'espèce, on ne saurait prétendre que l'appelant avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Par conséquent, selon la Cour d'appel, l'art. 8 de la *Charte* ne s'appliquait pas et les éléments de preuve tirés de la surveillance magnétoscopique étaient donc admissibles.

Les questions en litige

Je note d'emblée que les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, nous dispensent d'entreprendre une longue analyse de la question de savoir si une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par des agents de l'État constitue une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Duarte*, cette Cour a conclu que la surveillance électronique audio non autorisée constitue une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Il serait erroné de limiter les effets de cette décision à cette technologie particulière. Il faudrait plutôt conclure que les principes énoncés dans l'arrêt *Duarte* embrassent tous les moyens actuels permettant à des agents de l'État de s'introduire électroniquement dans la vie privée des personnes, et tous les moyens que la technologie pourra à

of Appeal for I am unable to reconcile its conclusion on this point with the approach since taken by this Court in *R. v. Duarte, supra*.

In *Duarte*, this Court overturned the conclusion of the Court of Appeal that the risk that our interlocutor will electronically record our words is but a variant of the risk of having that person disclose our words to another. This Court accordingly rejected the notion that "risk analysis" provides an appropriate means of assessing whether a person who was the object of an electronic search had a reasonable expectation of privacy in the circumstances. As explained at p. 48 of that decision, this rejection rested on the conclusion that privacy would be inadequately protected if an assessment of the reasonableness of a given expectation of privacy were made to rest on a consideration whether the person concerned had courted the risk of electronic surveillance. In view of the advanced state of surveillance technology, this would be to adopt a meaningless standard, for, in the final analysis, the technical resources which agents of the state have at their disposal ensure that we now run the risk of having our words recorded virtually every time we speak to another human being. Professor Amsterdam, in his seminal comment on the Fourth Amendment to the American Constitution, drives the point home with a striking image when he suggests that in view of the sophistication of modern eavesdropping technology we can only be sure of being free from surveillance today if we retire to our basements, cloak our windows, turn out the lights and remain absolutely quiet; see "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, at p. 402.

In the place of "risk analysis", *R. v. Duarte* approached the problem of determining whether a person had a reasonable expectation of privacy in given circumstances by attempting to assess whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic

quant au respect de la vie privée que je me trouve en désaccord avec la Cour d'appel; en effet, je ne puis concilier sa conclusion sur ce point avec la position adoptée par la suite par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*, précité.

Dans *Duarte*, notre Cour a infirmé la conclusion de la Cour d'appel portant que le risque de voir notre interlocuteur enregistrer électroniquement nos propos n'est qu'une simple variante du risque que cette personne divulgue nos propos à une autre. Notre Cour a par conséquent rejeté la notion selon laquelle «l'analyse fondée sur le risque» constitue une façon appropriée de déterminer si une personne qui a fait l'objet d'une fouille électronique s'attendait raisonnablement au respect de sa vie privée dans les circonstances. Comme l'expliquent les motifs de cette décision, à la p. 48, ce rejet est fondé sur la conclusion que la vie privée serait mal protégée si le caractère raisonnable de notre attente en matière de respect de la vie privée dépendait de la question de savoir si nous nous sommes exposés à la surveillance électronique. Compte tenu de l'état avancé de la technologie en matière de surveillance, ce serait adopter une norme dépourvue de signification puisque, en dernière analyse, les ressources technologiques dont disposent les agents de l'État sont telles que nous courons maintenant le risque de voir nos propos enregistrés pratiquement chaque fois que nous parlons à une autre personne. Dans son commentaire fructueux sur le Quatrième amendement à la Constitution américaine, le professeur Amsterdam illustre admirablement cette situation en disant que, compte tenu du développement de la technologie moderne de l'écoute électronique, nous ne pouvons nous assurer d'être à l'abri de toute surveillance aujourd'hui que si nous nous retirons dans notre sous-sol, couvrons nos fenêtres, fermons les lumières et gardons un silence absolu; voir «Perspectives On The Fourth Amendment» (1974), 58 *Minn. L. Rev.* 349, à la p. 402.

Au lieu de «l'analyse fondée sur le risque», l'arrêt *R. c. Duarte* a abordé la question de déterminer si une personne pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée dans des circonstances précises, en s'efforçant d'apprécier si, en vertu des normes applicables au respect de la

society, the agents of the state were bound to conform to the requirements of the *Charter* when effecting the intrusion in question. This involves asking whether the persons whose privacy was intruded upon could legitimately claim that in the circumstances it should not have been open to the agents of the state to act as they did without prior judicial authorization. To borrow from Professor Amsterdam's reflections, *supra*, at p. 403, the adoption of this standard invites the courts to assess whether giving their sanction to the particular form of unauthorized surveillance in question would see the amount of privacy and freedom remaining to citizens diminished to a compass inconsistent with the aims of a free and open society.

When the intrusion takes the form of unauthorized and surreptitious electronic audio surveillance, *R. v. Duarte* makes it clear that to sanction such an intrusion would see our privacy diminished in just such an unacceptable manner. While there are societies in which persons have learned, to their cost, to expect that a microphone may be hidden in every wall, it is the hallmark of a society such as ours that its members hold to the belief that they are free to go about their daily business without running the risk that their words will be recorded at the sole discretion of agents of the state.

Accordingly, by the standards of privacy that prevail in a free and open society such as our own, Duarte was entitled to claim that judicially unauthorized participant surveillance did offend against his reasonable expectations of privacy when he engaged in what he had every reason to believe was an ordinary private conversation. To have held otherwise would have been tantamount to exposing any member of society whom the state might choose to target to the same risk of having his or her nominally private conversation become the subject of surreptitious recordings. As explained in *R. v. Duarte, supra*, at p. 48, on the logic of the Court of Appeal, despite the fact that we would have no way of knowing whether a given interlocutor was in fact a government informer bent on recording our words, we would be automatically

vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, les agents de l'État devaient se conformer aux exigences de la *Charte* au moment de commettre l'intrusion en cause. Cela suppose que l'on se demande si les personnes dont la vie privée a été violée pourraient légitimement prétendre que, dans les circonstances, il n'aurait pas dû être loisible aux agents de l'État d'agir comme ils l'ont fait sans une autorisation judiciaire préalable. Pour reprendre certains des principes énoncés par le professeur Amsterdam, à la p. 403 de l'article précité, l'adoption de cette norme invite les tribunaux à déterminer si leur sanction de la forme particulière de surveillance non autorisée en cause empiéterait sur l'intimité dont dispose encore les particuliers dans une mesure incompatible avec les objectifs d'une société libre et ouverte.

L'arrêt *R. c. Duarte* établit clairement que sanctionner l'intrusion que représente la surveillance électronique non autorisée et effectuée subrepticement, ce serait empiéter sur notre vie privée dans une mesure inacceptable. Même s'il existe des sociétés dont les citoyens ont appris, à leurs dépens, à s'attendre à ce que chaque mur recèle un microphone, il va de soi que dans une société comme la nôtre, tous les citoyens puissent se croire libres de vaquer à leurs affaires sans courir le risque que leurs propos soient enregistrés au gré des agents de l'État.

Par conséquent, en vertu des normes de respect de la vie privée qui régissent une société libre et ouverte comme la nôtre, Duarte était en droit de prétendre que la surveillance participative non autorisée judiciairement violait ses attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée lorsqu'il a engagé ce qu'il était parfaitement justifié de croire une conversation privée ordinaire. Conclure autrement aurait eu pour effet d'exposer tout membre de la société que l'État pourrait désigner au même risque de voir sa conversation normalement privée devenir l'objet d'enregistrements subreptices. Comme l'a fait ressortir l'arrêt *R. c. Duarte*, précité, à la p. 48, selon la logique suivie par la Cour d'appel, bien qu'il nous serait impossible de savoir si un interlocuteur donné est en réalité un informateur du gouvernement cher-

presumed to waive any claim to be protected against this intrusion on our right to privacy if it should in fact eventuate that our words were being recorded. Such a result would fatally undermine the very tenet of a free and open society that I have just commented on, i.e., the notion that in a society such as ours the state cannot make it its business to record nominally private conversations at its sole discretion.

I am firmly of the view that if a free and open society cannot brook the prospect that the agents of the state should, in the absence of judicial authorization, enjoy the right to record the words of whomever they choose, it is equally inconceivable that the state should have unrestricted discretion to target whomever it wishes for surreptitious video surveillance. George Orwell in his classic dystopian novel *1984* paints a grim picture of a society whose citizens had every reason to expect that their every movement was subject to electronic video surveillance. The contrast with the expectations of privacy in a free society such as our own could not be more striking. The notion that the agencies of the state should be at liberty to train hidden cameras on members of society wherever and whenever they wish is fundamentally irreconcilable with what we perceive to be acceptable behaviour on the part of government. As in the case of audio surveillance, to permit unrestricted video surveillance by agents of the state would seriously diminish the degree of privacy we can reasonably expect to enjoy in a free society. There are, as *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 428-29, tells us, situations and places which invite special sensitivity to the need for human privacy. Moreover, as *Duarte* indicates, we must always be alert to the fact that modern methods of electronic surveillance have the potential, if uncontrolled, to annihilate privacy.

chant à enregistrer nos propos, nous serions automatiquement présumés renoncer à toute prétention d'être protégés contre cette atteinte à notre droit au respect de la vie privée s'il devait arriver que nos propos soient enregistrés. Un tel résultat minerait indubitablement le principe fondamental d'une société libre et ouverte dont je viens de parler, c'est-à-dire la notion selon laquelle dans une société comme la nôtre, l'État ne peut prétendre enregistrer à son gré des conversations normalement privées.

J'estime fermement que si une société libre et ouverte ne peut tolérer la possibilité qu'en l'absence d'autorisation judiciaire, les agents de l'État aient le droit d'enregistrer les propos de qui ils veulent, il est également inconcevable que l'État ait le pouvoir discrétionnaire illimité de soumettre qui il veut à une surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement. Dans son roman futuriste classique *1984*, George Orwell dresse le portrait sinistre d'une société dont les citoyens ont toutes les raisons de croire que chacun de leurs mouvements est assujéti à la surveillance magnétoscopique électronique. On ne pourrait trouver contraste plus frappant avec nos attentes en matière de vie privée dans une société libre comme la nôtre. La notion selon laquelle les agents de l'État devraient être libres de braquer des caméras dissimulées sur des membres de la société, en tout temps et en tout lieu, à leur gré, est fondamentalement irréconciliable avec notre perception d'un comportement acceptable de la part des gouvernements. Comme dans le cas de l'écoute clandestine des conversations, permettre la surveillance magnétoscopique illimitée par des agents de l'État, ce serait diminuer d'une manière importante le degré de vie privée auquel nous pouvons raisonnablement nous attendre dans une société libre. Il y a, comme le mentionne l'arrêt *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 428 et 429, des situations et des lieux dans lesquels il faut se montrer particulièrement attentif au besoin de l'individu en matière de respect de la vie privée. En outre, comme l'indique l'arrêt *Duarte*, nous devons toujours rester conscient du fait que les moyens modernes de surveillance électronique, s'ils ne sont pas contrôlés, sont susceptibles de supprimer toute vie privée.

R. v. Duarte was predicated on the notion that there exists a crucial distinction between exposing ourselves to the risk that others will overhear our words, and the much more pernicious risk that a permanent electronic recording will be made of our words at the sole discretion of the state. Transposing to the technology in question here, it must follow that there is an important difference between the risk that our activities may be observed by other persons, and the risk that agents of the state, in the absence of prior authorization, will permanently record those activities on videotape, a distinction that may in certain circumstances have constitutional implications. To fail to recognize this distinction is to blind oneself to the fact that the threat to privacy inherent in subjecting ourselves to the ordinary observations of others pales by comparison with the threat to privacy posed by allowing the state to make permanent electronic records of our words or activities. It is thus an important factor in considering whether there has been a breach of a reasonable expectation of privacy in given circumstances.

The Applicability of s. 8 of the Charter on the Facts of this Case

I turn from these general observations to the question whether, on the facts of this case, the appellant could be said to have had a reasonable expectation of privacy. The Court of Appeal, after stating, by way of an initial premise, that a person attending a function to which the general public has received an open invitation can have no interest in "being left alone", went on to draw the following conclusions from the facts of this case, at p. 373:

None of the respondents testified that they had a subjective expectation of privacy and it is difficult to believe that they could give such evidence. It may well be that they were in the same room with strangers. The occupants' only common interest was to gamble illegally for high stakes. All but Santiago Wong were no more than casual visitors to the rooms with no basis for

L'arrêt *R. c. Duarte* était fondé sur la notion selon laquelle il existe une distinction cruciale entre le fait de s'exposer au risque que l'on surprenne notre conversation et celui de s'exposer au risque beaucoup plus dangereux que nos propos soient enregistrés électroniquement en permanence à la seule discrétion de l'État. Si l'on transpose cette notion pour l'appliquer à la technologie en cause en l'espèce, il s'ensuit nécessairement qu'il existe une différence importante entre le risque que nos activités soient observées par d'autres personnes et le risque que des agents de l'État, sans autorisation préalable, enregistrent de façon permanente ces activités sur bande magnétoscopique, une distinction qui, dans certaines circonstances, peut avoir des conséquences en matière constitutionnelle. Refuser de reconnaître cette distinction, c'est refuser de voir que la menace à la vie privée inhérente à la vie en société, dans laquelle nous sommes soumis à l'observation ordinaire d'autrui, n'est rien en comparaison avec la menace que représente pour la vie privée le fait de permettre à l'État de procéder à un enregistrement électronique permanent de nos propos ou de nos activités. Voilà donc un facteur important à considérer lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu violation d'une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée dans des circonstances données.

L'applicabilité de l'art. 8 de la Charte aux faits de l'espèce

Après avoir fait ces observations générales, j'aborde maintenant la question de savoir si, à la lumière des faits de l'espèce, on peut soutenir que l'appelant pouvait s'attendre raisonnablement au respect de sa vie privée. Après avoir déclaré comme première prémisse que quiconque participe à un événement auquel a été ouvertement convié le grand public ne peut avoir d'intérêt à [TRADUCTION] «être laissé tranquille», la Cour d'appel a tiré les conclusions suivantes des faits de l'espèce, à la p. 373:

[TRADUCTION] Aucun des intimés n'a déclaré avoir eu une attente subjective en matière de respect de la vie privée et il est difficile de croire qu'ils auraient pu présenter des dépositions en ce sens. Il se peut fort bien qu'ils se soient trouvés dans une pièce avec des étrangers. Le seul intérêt commun des occupants était de jouer illégalement en misant gros. À l'exception de

challenging the legality of the search. Neither is it possible that Santiago Wong had any reasonable expectation of privacy. He was booking the room regularly and it was clear from police observation that the room had been used for gambling on other occasions. Wong had invited and accepted so many people into the room that there could not have been any reasonable expectation of privacy by anyone in the room, least of all Santiago Wong who benefited by the presence of the others.

Video surveillance of persons in a hotel room could in certain circumstances constitute a search of the most intrusive kind. However, in this case, as there was no reasonable expectation of privacy, s. 8 of the Charter cannot have any application.

I think, with respect, that the conclusions of the Court of Appeal cannot be reconciled with the implications of this Court's subsequent decision in *R. v. Duarte*. The Court of Appeal has, in effect, applied a variant of the risk analysis rejected by this Court in that case, for it has chosen to rest its conclusion on the notion that the appellant, by courting observation by the other persons in the room, has effectively relinquished any right to maintain a reasonable expectation of freedom from the much more intrusive invasion of privacy constituted by surreptitious video surveillance on the part of the state.

Moreover, it is clear from the excerpt cited above that the Court of Appeal, in assessing the constitutionality of the search, has allowed itself to be influenced by the fact that the appellant was carrying on illegal activities. By way of expansion on my earlier references to *Duarte*, I would note that that decision places considerable emphasis on the fact that the answer to the question whether persons who were the object of an electronic search had a reasonable expectation of privacy cannot be made to depend on whether or not those persons were engaged in illegal activities; see pp. 51-52. If reliance were to be placed on such *ex post facto* reasoning, and the courts to conclude that persons who were the subject of an electronic search could

Santiago Wong, ils n'étaient tous que des visiteurs occasionnels dans ces chambres, et n'avaient aucune justification pour contester la légalité de la perquisition. De même, il était impossible pour Santiago Wong d'avoir quelque attente raisonnable en matière de respect de sa vie privée. Il retenait régulièrement la chambre et la surveillance policière de la chambre montre clairement que celle-ci avait été utilisée à des fins de jeu à d'autres occasions. Wong avait invité et accueilli un nombre si grand de personnes dans la chambre qu'il ne pouvait y avoir d'attente raisonnable de matière de respect de la vie privée pour qui que ce soit dans cette pièce, encore moins pour Santiago Wong, qui tirait profit de la présence des autres.

La surveillance magnétoscopique de personnes dans une chambre d'hôtel pourrait dans certaines circonstances constituer une perquisition des plus attentatoires. En l'espèce toutefois, puisqu'il n'y avait aucune attente raisonnable en matière de respect de la vie privée, l'art. 8 de la Charte ne peut s'appliquer.

Je pense avec déférence qu'on ne peut concilier les conclusions de la Cour d'appel avec les incidences de la décision subséquente de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Duarte*. La Cour d'appel a effectivement appliqué une variante de l'analyse fondée sur le risque qui a été rejetée par notre Cour dans cette affaire, car elle a choisi d'étayer sa conclusion sur la notion selon laquelle l'appellant, en s'exposant à l'observation d'autres personnes dans la chambre, avait effectivement renoncé à tout droit de s'attendre raisonnablement à être protégé contre l'atteinte beaucoup plus grave à la vie privée que constitue la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par l'État.

De plus, il ressort clairement de l'extrait précité que lorsqu'elle a évalué la constitutionnalité de la perquisition, la Cour d'appel s'est laissé influencer par le fait que l'appellant commettait des actes illégaux. Pour poursuivre mes références antérieures à l'arrêt *Duarte*, je soulignerais que cette décision met beaucoup l'accent sur le fait qu'on ne peut lier la question de savoir si les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition électronique pouvaient raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée à celle de savoir si ces personnes commettaient des actes illégaux; voir pp. 51 et 52. S'il fallait se fonder sur un tel raisonnement après le fait et si les tribunaux devaient conclure que les personnes ayant fait l'objet d'une perquisition élec-

not have had a reasonable expectation of privacy because the search revealed that they were in fact performing a criminal act, the result would inevitably be to adopt a system of subsequent validation for searches. Yet it was precisely to guard against this possibility that this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 160, stressed that prior authorization, wherever feasible, was a necessary pre-condition for a valid search and seizure. As noted in *R. v. Dyment*, *supra*, at p. 430, this is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures.

Accordingly, it follows logically from what was held in *R. v. Duarte* that it would be an error to suppose that the question that must be asked in these circumstances is whether persons who engage in illegal activity behind the locked door of a hotel room have a reasonable expectation of privacy. Rather, the question must be framed in broad and neutral terms so as to become whether in a society such as ours persons who retire to a hotel room and close the door behind them have a reasonable expectation of privacy.

Viewed in this light, it becomes obvious that the protections of s. 8 of the *Charter* are meant to shield us from warrantless video surveillance when we occupy hotel rooms. Clearly, our homes are places in which we will be entitled, in virtually all conceivable circumstances, to affirm that unauthorized video surveillance by the state encroaches on a reasonable expectation of privacy. It would be passing strange if the situation should be any different in hotel or motel rooms. Normally, the very reason we rent such rooms is to obtain a private enclave where we may conduct our activities free of uninvited scrutiny. Accordingly, I can see no conceivable reason why we should be shorn of our right to be secure from unreasonable searches in these locations which may be aptly considered to be our homes away from home. Moreover, *R. v. Duarte* reminds us that unless the

tronique ne pouvaient s'attendre raisonnablement au respect de leur vie privée parce que la perquisition a démontré qu'elles commettaient effectivement des actes illégaux, le résultat serait inévitablement l'adoption d'un système de validation subséquente des fouilles et des perquisitions. C'est pourtant précisément pour empêcher cette possibilité que notre Cour a, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 160, souligné que l'autorisation préalable, lorsqu'elle peut être obtenue, est une condition préalable et nécessaire de la validité d'une fouille, d'une perquisition et d'une saisie. Comme l'a noté la Cour dans l'arrêt *R. c. Dyment*, précité, à la p. 430, cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives.

Il s'ensuit donc en toute logique des motifs de l'arrêt *R. c. Duarte* que ce serait une erreur de supposer qu'on doive en pareilles circonstances se demander si les personnes qui commettent des actes illégaux dans une chambre d'hôtel verrouillée peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée. La question devrait plutôt être posée en termes plus généraux et plus neutres de sorte que l'on se demande plutôt si dans une société comme la nôtre, les personnes qui se retirent dans une chambre d'hôtel et qui ferment la porte derrière elles peuvent raisonnablement s'attendre au respect de leur vie privée.

Sous cet angle, il ressort clairement que les droits garantis par l'art. 8 de la *Charte* visent à nous protéger de la surveillance magnétoscopique non autorisée lorsque nous occupons des chambres d'hôtel. Il est clair que chez nous, nous avons le droit, dans pratiquement toutes les circonstances imaginables, d'affirmer que la surveillance magnétoscopique non autorisée effectuée par l'État empiète sur notre attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Il serait extrêmement étrange que la situation soit tout autre lorsqu'il s'agit de chambres d'hôtel ou de motel. Normalement, si nous louons de telles chambres, c'est que nous voulons obtenir un endroit privé où poursuivre nos activités à l'abri de toute observation. Par conséquent, je ne puis concevoir de raison pour laquelle nous serions privés de notre droit à la protection contre les perquisitions et les fouilles

question posed in the preceding paragraph is answered in neutral terms as I have suggested, it follows not only that those who engage in illegal activity in their hotel rooms must bear the risk of warrantless video surveillance, but also that all members of society when renting rooms must be prepared to court the risk that agents of the state may choose, at their sole discretion, to subject them to surreptitious surveillance; see again at pp. 51-52.

Nor, with respect, can I attach any importance to the fact that in the circumstances of this case the appellant may have opened his door to strangers, or circulated invitations to the gaming sessions. I am simply unable to discern any logical nexus between these factors, and the conclusion that the police should have been free to videotape the proceedings in the hotel room at their sole discretion. It is safe to presume that a multitude of functions open to invited persons are held every week in hotel rooms across the country. These meetings will attract persons who share a common interest but who will often be strangers to each other. Clearly, persons who attend such meetings cannot expect their presence to go unnoticed by those in attendance. But, by the same token, it is no part of the reasonable expectations of those who hold or attend such gatherings that as a price of doing so they must tacitly consent to allowing agents of the state unfettered discretion to make a permanent electronic recording of the proceedings.

We must be prepared to live with the first risk, but, in a free and open society, need not tolerate the spectre of the second. As I have intimated above, this seminal distinction between what is constitutionally acceptable and unacceptable follows inexorably from the point made in *R. v. Duarte* that it would be an error to equate the risk of having one's words overheard with the risk of having the state, at its sole discretion, make a

abusives en de tels endroits qui peuvent justement être considérés comme notre foyer hors du foyer. De plus, l'arrêt *R. c. Duarte* nous rappelle que le défaut d'apporter, à la question citée dans le paragraphe précédent, une réponse en termes neutres comme je l'ai suggéré contraint non seulement les personnes qui commettent des actes illégaux à assumer le risque d'une surveillance magnétoscopique sans mandat, mais également tous les membres de la société qui louent des chambres à s'exposer au risque que des agents de l'État décident, à leur guise, de les assujettir à une surveillance clandestine; voir encore pp. 51 et 52.

Avec déférence, je ne puis non plus accorder aucune importance au fait que, dans les circonstances de l'espèce, l'appelant ait pu ouvrir sa porte à des étrangers ou lancer des invitations aux séances de jeu. Je suis tout simplement incapable de déceler un lien logique entre ces facteurs, d'une part, et la conclusion selon laquelle la police aurait dû être libre d'enregistrer sur bande magnétoscopique les activités ayant eu lieu dans la chambre d'hôtel, à sa seule discrétion, d'autre part. On peut assurément présumer qu'une multitude de fonctions auxquelles on doit être convié ont lieu chaque semaine dans des chambres d'hôtel à l'échelle du pays. Ces réunions attirent les personnes qui partagent un intérêt commun mais qui sont souvent étrangères les unes aux autres. Les personnes qui participent à de telles réunions ne peuvent manifestement pas s'attendre à ce que leur présence passe inaperçue auprès des autres participants. Par contre, il n'entre certes pas dans l'attente raisonnable des hôtes et de leurs invités que le prix de leur présence doit être leur consentement tacite à l'enregistrement électronique permanent, par des agents de l'État et à leur seule discrétion, des activités en cours.

Il nous faut être prêts à accepter le premier risque, mais, dans une société libre et ouverte, nous n'avons pas à tolérer le spectre du deuxième risque. Comme je l'ai déjà affirmé, cette distinction éminemment juste entre ce qui est acceptable et inacceptable du point de vue constitutionnel découle inéluctablement de la position adoptée dans l'arrêt *R. c. Duarte* selon laquelle ce serait une erreur de confondre le risque que nos propos

permanent electronic recording of those words. At page 48 of that decision, it was said that these threats to privacy are of a different order of magnitude and involve different risks to the individual and the body public. The same must be true of the risk of being the object of private scrutiny, and the risk of having a permanent electronic recording made of one's presence in a given location at the behest of the state.

I therefore conclude that the Court of Appeal erred when it held that the appellant did not have a reasonable expectation of privacy in the circumstances of this case. Were the reasonableness of unauthorized video surveillance to be gauged by the standard adopted by the Court of Appeal the state would be at liberty to train its hidden cameras on an extremely broad spectrum of the activities engaged in by members of society. In effect, we would be debarred from asserting a reasonable expectation of freedom from clandestine electronic scrutiny on the part of the state at any private function to which members of the public had received an invitation.

Moreover, it is also clear that those ordinary measures which persons in a free and open society believe suffice to shut out uninvited scrutiny would be of no avail if the police (and they would of course be the sole arbiters of the matter) entertained the suspicion that the persons in the location concerned were involved in illegal activity. Here, it must be remembered that while the appellant had rented a room in an establishment to which selected members of the public had access, he had seen to it that activities in the room were conducted behind locked doors and drawn drapes.

In effect, by application of the standard adopted by the Court of Appeal, members of society would be driven back to the confines of their homes if they wished to be sure of being able to escape the risk of unauthorized video surveillance. And even this ultimate refuge could be breached if the police formulated a suspicion with respect to gatherings in the home, for I think it must be conceded that

soient surpris et le risque de voir l'État, à sa seule discrétion, procéder à un enregistrement électronique permanent de ces propos. À la page 48 de cet arrêt, la Cour reconnaît que ces menaces à la vie privée ne sont pas du même ordre de grandeur et qu'elles posent des risques différents à un particulier et à la société. La même constatation doit s'appliquer au risque que nous courons d'être observés par des particuliers par opposition au risque de faire l'objet d'un enregistrement électronique permanent de notre présence dans un lieu donné, sur ordre de l'État.

Je conclus donc que la Cour d'appel a fait une erreur en statuant que l'appelant n'avait pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée en l'espèce. Si le caractère raisonnable de la surveillance magnétoscopique non autorisée devait être mesuré en fonction de la norme adoptée par la Cour d'appel, l'État serait libre de braquer ses caméras clandestines sur une gamme extrêmement vaste des activités auxquelles vaquent les membres de la société. En réalité, il nous serait impossible de faire valoir une attente raisonnable de protection contre la surveillance électronique clandestine de l'État à l'égard d'une réunion privée à laquelle le public est convié.

De plus, il est aussi évident que les mesures ordinaires que les citoyens d'une société libre et ouverte estiment suffisantes pour leur protection contre l'observation subreptice d'autrui ne seraient d'aucun secours si la police (et elle serait bien sûr le seul arbitre en la matière) soupçonnait que les personnes dans le lieu en cause commettent des actes illégaux. Il faut se rappeler ici que même si l'appelant avait loué une chambre dans un établissement auquel des membres choisis du public avaient accès, il avait fait en sorte que les activités se déroulant dans la chambre aient lieu derrière des portes verrouillées et des rideaux tirés.

En réalité, s'il fallait appliquer la norme adoptée par la Cour d'appel, les membres de la société devraient se confiner chez eux pour être sûrs d'échapper au risque d'une surveillance magnétoscopique non autorisée. Et même ce dernier refuge pourrait être violé si la police avait quelque soupçon à l'égard de réunions qui y ont lieu, puisque, selon moi, dans la logique du raisonnement de la

on the reasoning of the Court of Appeal the appellant could have asserted no reasonable expectation of privacy if the gambling sessions had been conducted in his own home.

By way of recapitulation on this important point, I think it can be seen that the approach taken by the Court of Appeal to the question of what constitutes a reasonable expectation of privacy simply cannot be reconciled with the conclusions that emerge from *R. v. Duarte*. That decision makes it clear that s. 8 of the *Charter* is meant to protect those expectations on which we rest our belief that our society is one in which we are not exposed to unauthorized clandestine electronic surveillance on the part of the state. I take it to be beyond dispute that just as we hold to the belief that a free and open society is one in which the state is not free to make unauthorized recordings of our conversations, so too it is no less an article of faith in a society that sets a premium on being left alone that its members presume that they are at liberty to go about their daily business without courting the risk that agents of the state will be surreptitiously filming their every movement. By simple analogy with *R. v. Duarte*, it must follow that unauthorized video surveillance will be found to offend against the reasonable expectations of privacy protected by s. 8 in the circumstances here. Certainly it is inconceivable to me that the police should enjoy the latitude to make surreptitious video recordings that is implicit in the conclusions of the Court of Appeal.

The respondent attempted to distinguish this case from *Duarte* on the ground that in *Duarte*, there was a statutory provision prohibiting electronic eavesdropping except as judicially authorized. This argument wholly misunderstands *Duarte*. It is the *Charter*, specifically s. 8, that protected the appellant there and it is the *Charter* that protects the present appellant. It is worth observing that the American legislation, on which the relevant provisions of our *Criminal Code* are modelled, was devised to meet the standards of the Fourth Amendment of the United States Constitution. The argument thus not only requires us to

Cour d'appel, il faudrait conclure que l'appelant n'aurait pu prétendre à aucune attente raisonnable quant au respect de sa vie privée si les séances de jeu avaient eu lieu chez lui.

^a Pour récapituler mes propos sur ce point important, je crois qu'il est manifeste que l'approche de la Cour d'appel à l'égard de la question de savoir ce qui constitue une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne peut tout simplement pas être conciliée avec les conclusions qui se dégagent de l'arrêt *R. c. Duarte*. Cet arrêt indique clairement que l'art. 8 de la *Charte* vise à protéger les attentes qui sous-tendent la conviction que nous avons de vivre dans une société où nous ne sommes pas exposés à une surveillance électronique clandestine non autorisée de la part de l'État. J'estime indiscutable que tout comme nous croyons que dans une société libre et ouverte, l'État n'est pas habilité à procéder à des enregistrements non autorisés de nos conversations, aussi croyons-nous que, dans une société qui privilégie le fait d'être laissé tranquille, les particuliers se présument libres de vaquer à leurs affaires sans courir le risque de voir chacun de leurs mouvements filmé subrepticement par des agents de l'État. Par simple analogie avec l'arrêt *R. c. Duarte*, il s'ensuit nécessairement que la surveillance magnétoscopique non autorisée porte atteinte aux attentes raisonnables en matière de respect de la vie privée garanties par l'art. 8 dans les circonstances de l'espèce. Il me semble absolument inconcevable que la police puisse avoir cette latitude de procéder à des enregistrements magnétoscopiques clandestins qui découle implicitement des conclusions de la Cour d'appel.

^b L'intimée a tenté d'établir une distinction entre l'espèce et l'arrêt *Duarte* en faisant valoir que dans l'arrêt *Duarte*, une disposition législative interdisait l'écoute électronique sauf en cas d'autorisation judiciaire. Cet argument révèle une méconnaissance totale de l'arrêt *Duarte*. C'est la *Charte*, plus précisément l'art. 8, qui protégeait l'appelant dans cette affaire-là et c'est la *Charte* qui protège le présent appellant. Il y a lieu de souligner que la mesure législative américaine, qui a servi de modèle aux dispositions pertinentes de notre *Code criminel*, a été libellée de façon à répondre aux normes du Quatrième amendement de la Constitu-

interpret the Constitution in the light of existing statutes, rather than the reverse; it effectively asks us to read history backwards. As I noted earlier, s. 8 was designed to provide continuing protection against unreasonable search and seizure and to keep pace with emerging technological development.

Nor can I accede to the arguments to the effect that the police, in installing the hidden camera, acted in the exercise of authority derived from their duties at common law. I have grave doubts as to whether the police could point to any common law authority under which they could act as they did. I would draw attention on this point to Martin J.A.'s observation in *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.), at p. 120, (leave to appeal to this Court refused, [1984] 2 S.C.R. ix), that at common law there is no power to search premises without a warrant, except as an incident of a lawful arrest. And for reasons to be developed later, I do not think judicial development of new search powers should be encouraged. Moreover, even if the respondent were to be able to point to common law authority it is clear to me that such authority would not pass muster under the *Charter*. By way of reiterating the point I made above, *R. v. Duarte* makes it clear that unauthorized surreptitious electronic surveillance infringes on the right to be free from unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*.

I should perhaps observe that the conclusion I have arrived at is consistent with American experience. The courts there have held that a person who occupies a hotel room has a reasonable expectation of privacy and that the police cannot effect a warrantless search of the room; see *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964). While the courts in that country have been willing to hold that police eavesdropping from an adjoining room of "conversations . . . heard by the *naked human ear* . . . unaided by any artificial, mechanical or elec-

tion des États-Unis. Par conséquent, l'argument avancé nous contraint non seulement à interpréter la Constitution à la lumière de lois existantes, plutôt que l'inverse, mais également à lire l'histoire à rebours. Comme je l'ai déjà souligné, l'art. 8 a été conçu dans le but d'accorder une protection continue contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives et d'évoluer au rythme des perfectionnements technologiques.

Je ne puis non plus accueillir les arguments portant que la police, en installant la caméra dissimulée, a agi dans l'exercice du pouvoir qui lui est conféré par ses fonctions en common law. Je doute sérieusement que la police puisse citer des règles de common law qui lui permettraient d'agir comme elle l'a fait. À cet égard, je soulignerais les propos du juge Martin de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. v. Rao* (1984), 12 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.), à la p. 120, (autorisation de pourvoi refusée, [1984] 2 R.C.S. ix), qui précisaient qu'en common law, il n'existe aucun pouvoir d'effectuer sans mandat une perquisition, dans un endroit donné, sauf s'il s'agit du pouvoir accessoire à une arrestation effectuée conformément à la loi. Pour les raisons que j'exposerai plus loin, je ne crois pas qu'on doive encourager l'élaboration par les tribunaux de nouveaux pouvoirs de fouille et de perquisition. De plus, même si l'intimée était en mesure de citer des règles de common law, il me paraît clair que celles-ci seraient incompatibles avec la *Charte*. Pour reprendre l'observation que j'ai déjà faite, l'arrêt *R. c. Duarte* établit clairement que la surveillance électronique subreptice non autorisée porte atteinte au droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*.

Il me paraît utile de souligner que la conclusion à laquelle je suis arrivé s'accorde avec la jurisprudence américaine. En effet, les tribunaux de ce pays ont conclu que celui qui occupe une chambre d'hôtel peut raisonnablement s'attendre au respect de sa vie privée et que la police ne peut sans mandat effectuer une fouille ou une perquisition dans la chambre; voir *Stoner v. California*, 376 U.S. 483 (1964). Même si les tribunaux de ce pays sont prêts à conclure que l'écoute par la police, dans une chambre adjacente, [TRADUCTION] «de

tronic device" does not violate the Fourth Amendment, they clearly view electronic eavesdropping as qualitatively different; see *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980), at p. 330. Similarly, video surveillance of such areas has been held to constitute a search, and so requires a warrant and such warrant must meet stringent standards borrowed from those required for electronic eavesdropping; see *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986).

Can a Warrant Be Obtained to Permit Video Surveillance?

Parliament has not yet seen fit to legislate in the matter of video surveillance, and I turn next to a consideration of the question whether, despite this fact, the police might nevertheless have obtained judicial authorization for their investigation. I will deal first with the respondent's submission that, in the absence of legislation specifically authorizing video surveillance, it might have been open to the police to obtain a warrant under Part IV.1 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 [ad. S.C. 1973-74, c. 50] which governs the interception of oral communications.

The respondent advanced the hypothesis that video surveillance might have been authorized as an incident to an authorization issued pursuant to Part IV.1 of the *Code*. On this view of the matter, a judge, upon issuing an authorization for audio surveillance could supplement the authorization with an order for video surveillance. The respondent submits that this result can be made to rest on a creative interpretation of s. 178.13(2)(c), (d) of the *Code* (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 186). That section provides:

178.13 ...

(2) An authorization shall

(c) state the identity of the persons, if known, whose private communications are to be intercepted, generally describe the place at which private communica-

conversations entendues par l'oreille humaine seule, sans l'aide d'un dispositif artificiel, mécanique ou électronique» ne viole pas le Quatrième amendement, ils considèrent clairement que l'écoute électronique est de nature différente; voir *United States v. Agapito*, 620 F.2d 324 (2d Cir. 1980), à la p. 330. De même, les tribunaux ont conclu que la surveillance magnétoscopique dans ce domaine constitue une fouille et une perquisition, qu'elle exige un mandat et que ce mandat doit satisfaire à des normes strictes inspirées de celles qui régissent l'écoute électronique; voir *People v. Teicher*, 395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977); *United States v. Biasucci*, 786 F.2d 504 (2d Cir. 1986).

Est-il possible d'obtenir un mandat autorisant la surveillance magnétoscopique?

J'aborde maintenant la question de savoir si, bien que le législateur n'ait pas encore jugé utile de légiférer sur la question de la surveillance magnétoscopique, la police aurait pu obtenir une autorisation judiciaire pour procéder à son enquête. J'étudierai d'abord la prétention de l'intimée selon laquelle, en l'absence de dispositions législatives autorisant expressément la surveillance magnétoscopique, il aurait été loisible à la police d'obtenir un mandat sous le régime de la partie IV.1 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 [aj. S.C. 1973-74, ch. 50] qui régit l'interception de communications orales.

L'intimée a prétendu que la surveillance magnétoscopique aurait pu être autorisée à titre de mesure accessoire à une autorisation accordée sous le régime de la partie IV.1 du *Code*. Selon cette hypothèse, le juge qui délivre une autorisation de surveillance audio peut ajouter à l'autorisation une ordonnance de surveillance magnétoscopique. L'intimée prétend que ce résultat peut se fonder sur une interprétation libérale des al. 178.13(2)(c) et (d) du *Code* (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 186). Cette disposition prévoit:

178.13 ...

(2) Une autorisation doit

(c) indiquer, si elle est connue, l'identité des personnes dont les communications privées doivent être interceptées, décrire de façon générale le lieu où les communi-

tions may be intercepted, if a general description of that place can be given, and generally describe the manner of interception that may be used;

(d) contain such terms and conditions as the judge considers advisable in the public interest . . . [Emphasis added.]

Like the Court of Appeal, I am of the opinion that this submission is without merit. In my respectful view, it would be a very grave error if the provisions of Part IV.1 of the *Code* were to be interpreted in this manner; see also *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566 (B.C.S.C.). I should observe that the courts in the United States have also refused to hold that the similar provisions in that country extend to electronic video surveillance; see *United States v. Biasucci, supra*.

I am aware that courts in the United States have held that either under general rules governing a court's power to issue warrants, or pursuant to the court's inherent jurisdiction, they are authorized to issue a warrant and to attach to it the stringent conditions required by the Fourth Amendment; see *Biasucci* and *People v. Teicher, supra*. But, as the Court of Appeal decision and *Biasi* have shown, our courts have studiously refrained from following such a course. The common law powers of search were extremely narrow, and the courts have left it to Parliament to extend them where need be; see *R. v. Rao, supra*. As Kaufman J.A., speaking for the Quebec Court of Appeal, has stated on this point in *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, at p. 101, leave to appeal to this Court refused [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 S.C.R. xii:

The law may well be unsatisfactory, but that is not for us to say, nor, as the trial judge noted, is it for the courts to fill in lacunae, however desirable such a course may seem. That must be left to the legislator.

cations privées pourront être interceptées, s'il est possible de donner une description générale de ce lieu, et une description générale de la façon dont les communications pourront être interceptées;

d) énoncer les modalités que le juge estime opportunes dans l'intérêt public . . . [Je souligne.]

À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que cette prétention n'est pas fondée. À mon humble avis, ce serait commettre une très grave erreur que d'interpréter les dispositions de la partie IV.1 du *Code* de cette façon; voir également *R. v. Biasi* (1981), 66 C.C.C. (2d) 566 (C.S.C.-B.). Je soulignerais que les tribunaux des États-Unis ont également refusé de conclure que des dispositions semblables, en vigueur dans ce pays, s'étendent à la surveillance magnétoscopique; voir *United States v. Biasucci, précité*.

Je sais que des tribunaux aux États-Unis ont conclu qu'en vertu soit des règles générales régissant leur pouvoir de décerner des mandats, soit de leur compétence inhérente, ils sont habilités à délivrer un mandat et à lui adjoindre les conditions strictes exigées par le Quatrième amendement; voir *Biasucci* et *People v. Teicher, précités*. Toutefois, comme l'ont montré la décision de la Cour d'appel et l'arrêt *Biasi*, nos tribunaux ont systématiquement refusé de suivre cette direction. Les pouvoirs en matière de fouille et de perquisition prévus par la common law étaient extrêmement limités et les tribunaux ont laissé au législateur le soin de les élargir au besoin; voir *R. v. Rao, précité*. Voici comment le juge Kaufman, qui a rendu les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel du Québec, a décrit cette position dans l'affaire *Re Banque Royale du Canada and The Queen* (1985), 18 C.C.C. (3d) 98, à la p. 101, autorisation de pourvoi refusée [*sub nom. Procureur général du Québec c. Banque royale du Canada*], [1985] 1 R.C.S. xii:

[TRADUCTION] Il se peut que la loi ne soit pas satisfaisante, mais il ne nous appartient pas d'en décider ni, comme l'a souligné le juge de première instance, aux tribunaux de combler les lacunes, aussi souhaitable que puisse être cette façon d'agir. Cela doit être laissé au législateur.

This is wholly consistent with my earlier observations in *R. v. Landry*, [1986] 1 S.C.R. 145, at p. 187, and *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 891, as to what I perceive to be the respective roles of the courts and Parliament when *Charter* rights and freedoms are at issue. As I stated there, it does not sit well for the courts, as the protectors of our fundamental rights, to widen the possibility of encroachments on these personal liberties. It falls to Parliament to make incursions on fundamental rights if it is of the view that they are needed for the protection of the public in a properly balanced system of criminal justice.

Part IV.1 of the *Code* is designed to set strict limits on the ability of the agents of the state to intercept private oral communications. It does not speak to the very different, and I might add, more pernicious threat to privacy constituted by surreptitious video surveillance. On my view of the matter, the courts would be forgetting their role as guardians of our fundamental liberties if they were to usurp the role of Parliament and purport to give their sanction to video surveillance by adapting for that purpose a code of procedure dealing with an altogether different surveillance technology. It is for Parliament, and Parliament alone, to set out the conditions under which law enforcement agencies may employ video surveillance technology in their fight against crime. Moreover, the same holds true for any other technology which the progress of science places at the disposal of the state in the years to come. Until such time as Parliament, in its wisdom, specifically provides for a code of conduct for a particular invasive technology, the courts should forebear from crafting procedures authorizing the deployment of the technology in question. The role of the courts should be limited to assessing the constitutionality of any legislation passed by Parliament which bears on the matter.

Section 24(2) of the *Charter*

Having reached the conclusion that the videotape evidence was obtained in a manner that infringed a right guaranteed under the *Charter*, I turn to a consideration of the question whether the

Ces propos sont tout à fait conformes à mes motifs antérieurs dans l'arrêt *R. c. Landry*, [1986] 1 R.C.S. 145, à la p. 187 et dans l'arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 891, quant aux rôles respectifs des tribunaux et du législateur lorsqu'il s'agit de droits et de libertés protégés par la *Charte*. Comme je l'ai affirmé dans ces arrêts, il n'est pas du ressort des tribunaux, à titre de protecteurs de nos droits fondamentaux, d'élargir la possibilité de porter atteinte à ces libertés personnelles. Il appartient au législateur de porter atteinte aux droits fondamentaux s'il estime que cela est nécessaire pour la protection du public dans un système pénal bien équilibré.

La partie IV.1 du *Code* vise à imposer de strictes limites au pouvoir des agents de l'État d'intercepter des communications privées orales. Elle ne parle pas de la menace très différente, voire plus pernicieuse, que pose à la vie privée la surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement. Selon moi, les tribunaux négligeraient leur rôle de protecteurs de nos libertés fondamentales s'ils devaient usurper le rôle du législateur et prétendre sanctionner la surveillance magnétoscopique en adaptant à cette fin un code de procédure conçu pour une technologie de surveillance complètement différente. C'est au législateur et à lui seul qu'il revient d'établir les conditions dans lesquelles les organismes d'application de la loi peuvent avoir recours à la technologie de surveillance magnétoscopique pour combattre la criminalité. Il en est de même pour toute nouvelle technologie que les progrès de la science mettra à la disposition de l'État dans les années à venir. Tant que le législateur n'aura pas, dans sa sagesse, prévu expressément un code régissant une technologie attentatoire particulière, les tribunaux devraient s'abstenir d'élaborer des procédures autorisant l'utilisation de cette technologie. Le rôle des tribunaux devrait se limiter à vérifier la constitutionnalité de toute disposition législative adoptée par le législateur sur cette question.

Le paragraphe 24(2) de la *Charte*

Ayant conclu que les éléments de preuve magnétoscopique ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte à un droit garanti par la *Charte*, j'aborde la question de savoir si ces éléments de

evidence should be excluded under s. 24(2) of the *Charter* because to do so would bring the administration of justice into disrepute.

This question was first discussed in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265. Having first observed that it lies upon the person seeking to exclude evidence to establish that its admission would bring the administration of justice into disrepute, Lamer J., as he then was, set forth, at pp. 283-84, many of the factors to be considered in determining the issues as follows:

- what kind of evidence was obtained?
- what *Charter* right was infringed?
- was the *Charter* violation serious or was it of a merely technical nature?
- was it deliberate, wilful or flagrant, or was it inadvertent or committed in good faith?
- did it occur in circumstances of urgency or necessity?
- were there other investigatory techniques available?
- would the evidence have been obtained in any event?
- is the offence serious?
- is the evidence essential to substantiate the charge?
- are other remedies available?

The Court has on several occasions had occasion to elaborate upon these factors, notably in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495, at pp. 532-36.

Of primary importance in assessing these factors is, of course, the fairness of the process and, in particular, its impact on the fairness of the trial. In the similar case of *R. v. Duarte, supra*, the Court held that the evidence should not be rejected. The breach infringed the same important right of privacy. And while the offence here is not, in itself, among the more serious in the *Code*, it is not beside the point that the proceeds from these offences were to be used to foster far more serious crimes.

preuve devraient être écartés en vertu du par. 24(2) de la *Charte* parce qu'une telle situation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

^a Cette question a d'abord été examinée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265. Après avoir fait remarquer qu'il incombe à la personne qui cherche à écarter des éléments de preuve de démontrer que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, le juge Lamer, maintenant juge en chef, a énoncé de la manière suivante aux pp. 283 et 284 les nombreux facteurs qui doivent être examinés pour régler les questions litigieuses:

- quel genre d'éléments de preuve a été obtenu?
- quel droit conféré par la *Charte* a été violé?
- la violation de la *Charte* était-elle grave ou s'agissait-il d'une simple irrégularité?
- la violation était-elle intentionnelle, volontaire ou flagrante, ou a-t-elle été commise par inadvertance ou de bonne foi?
- la violation a-t-elle eu lieu dans une situation d'urgence ou de nécessité?
- aurait-on pu avoir recours à d'autres méthodes d'enquête?
- les éléments de preuve auraient-ils été obtenus en tout état de cause?
- ^f —s'agit-il d'une infraction grave?
- les éléments de preuve recueillis sont-ils essentiels pour fonder l'accusation?
- existe-t-il d'autres recours?

^g Notre Cour a, à plusieurs reprises, eu l'occasion d'examiner ces facteurs, notamment dans l'arrêt *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495, aux pp. 532 à 536.

^h Dans l'appréciation de ces facteurs, l'équité du processus, et en particulier ses répercussions sur l'équité du procès, revêtent une importance capitale. Dans l'arrêt semblable *R. c. Duarte*, précité, notre Cour a conclu que l'élément de preuve contesté ne devait pas être écarté. La violation en cause portait atteinte au même droit important au respect de la vie privée. Et bien que l'infraction en l'espèce ne soit pas, en elle-même, parmi les plus graves du *Code*, il n'est pas déplacé de préciser que le produit de ces infractions devait être utilisé pour la perpétration de crimes beaucoup plus graves.

As in *Duarte*, the police acted in good faith. They had reasonable and probable cause to believe the offence had been committed, and could have arrested the appellant even without recourse to the videotape evidence. As in *Duarte*, too, the *Charter* breach stemmed from an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers. Also important is the fact that the bulk of the police investigation in this case was completed before this Court released its decision in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, and well before electronic surveillance was held to constitute a search; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (Ont. C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1986] 1 S.C.R. ix. Accordingly, as was the case in *R. v. Duarte*, it can in fairness be said that the police, in conducting themselves as they did, acted in accordance with what they had good reason to believe was the law, and before they had had a reasonable opportunity to assess the consequences of the *Charter* on their established practices.

Other factors make the case for the admission of the evidence stronger than *Duarte*. Here the police sought legal advice about the steps that could be taken to obtain evidence that they could not otherwise obtain. This enquiry indicated that no other investigatory technique was available. As well, the police feared that if they did not act quickly, sufficient evidence could not be obtained, so there was a measure of urgency. As *R. v. Simmons*, *supra*, at pp. 533-34, underlines, these are considerations that cannot be ignored.

In these circumstances, I would hold that the appellant has not established that the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute.

Disposition

I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

Comme dans l'arrêt *Duarte*, les policiers ont agi de bonne foi. Ils avaient des motifs raisonnables et probables de croire que l'infraction avait été commise, et ils auraient pu arrêter l'appelant sans même avoir recours à la preuve magnétoscopique. Comme dans l'arrêt *Duarte* également, la violation de la *Charte* découlait d'une mauvaise interprétation tout à fait raisonnable de la loi par les policiers. Il importe également de souligner le fait que la majeure partie de l'enquête policière en l'espèce s'est effectuée avant que notre Cour rende l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité, et bien avant que la surveillance électronique ne soit reconnue comme une fouille ou une perquisition; *R. v. Finlay and Grellette* (1985), 23 C.C.C. (3d) 48 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. ix. Conséquemment, comme c'était le cas dans l'arrêt *R. c. Duarte*, on peut en toute équité dire que la police, en agissant comme elle l'a fait, s'est conformée à ce qu'elle croyait être le droit existant, et ce avant qu'elle ait eu la possibilité raisonnable d'évaluer les répercussions de la *Charte* sur ses pratiques établies.

D'autres facteurs militent plus fortement que dans l'affaire *Duarte* en faveur de l'utilisation des éléments de preuve contestés. En l'espèce, les policiers ont demandé un avis juridique sur les mesures qui pouvaient être prises pour obtenir des éléments de preuve qu'ils ne pouvaient par ailleurs obtenir. Cette demande indique qu'aucune autre technique d'enquête n'était disponible. De même, les policiers craignaient que s'ils n'agissaient pas rapidement, ils ne pourraient pas obtenir d'éléments de preuve suffisants, de sorte qu'il y avait une certaine urgence. Comme le souligne l'arrêt *R. c. Simmons*, précité, aux pp. 533 et 534, voilà des considérations dont il faut tenir compte.

Dans ces circonstances, je suis d'avis de conclure que l'appelant n'a pas démontré que l'utilisation des éléments de preuve était susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Does surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

3. If the answer to question 1 is “yes” and the answer to question 2 is “no”, would the admission into evidence of the videotapes bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*?

No.

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

LAMER C.J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleague, Justice La Forest, and while I concur in his disposition of this case, I have come to this conclusion by a different route. Accordingly, I find it necessary to set out below my reasons for dismissing this appeal.

In *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, this Court was called upon to interpret the protection afforded to persons by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* against surreptitious electronic surveillance conducted by the agents of the State. It was decided that not every unauthorized electronic audio surveillance carried out by the agents of the state violates s. 8 of the *Charter*. *Duarte* concerned the surreptitious audio recording by an agent of the state of a private communication and any interpretation of the case must, in my view, recognize that fact. Indeed, in *Duarte* the Crown had conceded that the interception of private communications constituted a search under s. 8. Thus, *Duarte* stands for the proposition that the recording of a private communication, without the consent of all the parties thereto, constitutes a

1. La surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

3. Si la réponse à la question 1 est «oui» et la réponse à la question 2 est «non», l'utilisation en preuve des bandes magnétoscopiques est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Non.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et bien que je partage son opinion quant à la décision à rendre dans le présent pourvoi, je suis arrivé à cette conclusion d'une manière différente. Par conséquent, j'estime nécessaire d'énoncer les motifs pour lesquels je suis d'avis de rejeter le présent pourvoi.

Dans l'arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, on a demandé à notre Cour d'interpréter la protection accordée par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* contre la surveillance électronique effectuée subrepticement par des agents de l'État. Notre Cour a conclu que la surveillance par écoute électronique non autorisée effectuée par des agents de l'État ne violait pas toujours l'art. 8 de la *Charte*. L'arrêt *Duarte* portait sur l'enregistrement d'une communication privée effectué subrepticement par un agent de l'État et toute interprétation de cet arrêt doit, à mon avis, reconnaître ce fait. En fait, dans l'arrêt *Duarte*, la poursuite a admis que l'interception de communications privées constituait une fouille ou perquisition aux termes de l'art. 8. Par conséquent, l'arrêt *Duarte* entérine la proposition selon laquelle l'enregistrement d'une

search for the purpose of s. 8. Such a search may be reasonable only where prior judicial authorization has been obtained.

In the case at bar, my colleague does not dispute the statement of the Court of Appeal that video surveillance would constitute a search under s. 8 only where the target had a reasonable expectation of privacy. He differs from the Court of Appeal in that he concludes that the accused, in the circumstances of this case, had a reasonable expectation of privacy. In his view, the issue of whether an individual had a reasonable expectation of privacy in the circumstances involves the question of whether, by the standards of privacy that persons can expect to enjoy in a free and democratic society, it should have been open to the agents of the state to act as they did without prior judicial authorization. His answer to this question in this case is that the unauthorized surreptitious video surveillance by the agents of the state amounted to an invasion of the appellant's reasonable expectation of privacy and thus constituted an unreasonable search and seizure under s. 8.

I agree with my colleague that unauthorized surreptitious electronic surveillance may, in certain circumstances, violate an individual's rights under s. 8. I agree that such surveillance will violate s. 8 where the target of the surveillance has a reasonable expectation of privacy. However, in my view, the consideration of whether an individual has a reasonable expectation of privacy can only be decided within the particular factual context of the surveillance, not by reference to a general notion of privacy in a free and democratic society which an individual enjoys at all times. A person has the right, under s. 8, to be free from unauthorized surreptitious electronic surveillance where that person has a reasonable expectation that the agents of the state will not be watching or record-

communication privée, sans le consentement de toutes les parties à celle-ci, constitue une fouille ou perquisition aux fins de l'art. 8. Une telle fouille ou perquisition ne peut être raisonnable que lorsqu'une autorisation judiciaire préalable a été obtenue.

En l'espèce, mon collègue ne conteste pas la déclaration de la Cour d'appel selon laquelle la surveillance magnétoscopique constituerait une fouille ou perquisition aux termes de l'art. 8 seulement lorsque la personne visée avait une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée. Son opinion est différente de celle de la Cour d'appel là où il conclut que l'accusé, dans les circonstances de l'espèce, pouvait raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée. À son avis, la question de savoir si une personne pouvait raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée dans les circonstances implique la question de savoir si, selon les normes du respect de la vie privée auxquelles on peut s'attendre dans une société libre et démocratique, il aurait été permis aux agents de l'État d'agir comme ils l'ont fait sans autorisation judiciaire préalable. En l'espèce, il a répondu à cette question que la surveillance magnétoscopique non autorisée effectuée subrepticement par les agents de l'État équivalait à une atteinte à l'attente raisonnable de l'appelant en matière de respect de la vie privée et par conséquent, constituait une perquisition, une fouille et une saisie au sens de l'art. 8.

Je conviens avec mon collègue que la surveillance électronique subreptice non autorisée peut, dans certaines circonstances, porter atteinte aux droits garantis par l'art. 8. Je conviens qu'une telle surveillance porte atteinte à l'art. 8 lorsque la personne qui en fait l'objet peut raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée. Toutefois, à mon avis, la question de savoir si une personne a une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée ne peut être tranchée que dans le contexte factuel particulier de la surveillance, et non en fonction d'une notion générale de respect de la vie privée dans une société libre et démocratique dont une personne jouit en tout temps. Une personne a le droit, aux termes de l'art. 8, de ne pas être assujettie à une surveillance électronique

ing private activity nor monitoring or recording private conversations. Whether such an expectation is reasonable will depend on the particular circumstances; a person does not necessarily enjoy this right in all circumstances. It is sufficient to decide this case by considering whether the appellant had a reasonable expectation of privacy in this hotel room which had been effectively converted into a public gaming house. It is not necessary to decide whether the appellant would have such an expectation in all circumstances according to a general notion of privacy. The latitude of the concept of a reasonable expectation of privacy will be determined by the factual situations which arise in future cases.

I agree with La Forest J. that a person who retires to a hotel room and closes the door behind him or her will normally have a reasonable expectation of privacy. The nature of the place in which the surveillance occurs will always be an important factor to consider in determining whether the target has a reasonable expectation of privacy in the circumstances. It is not, however, determinative. A person who is situated in what would normally be characterized as a public place (a restaurant, for example) may well have a reasonable expectation of privacy. For example, he or she would not reasonably expect that the police will surreptitiously monitor and record the private conversation taking place at his or her table. By the same token, that which would normally be characterized as a private place (a personal residence, for example) may well, by the manner in which it is utilized, become a place in which one does not have a reasonable expectation of privacy.

The expectation of privacy which normally exists with respect to a hotel room will not be circumscribed by the fact that illegal activity may be taking place in the room, nor will it necessarily be waived by the mere fact that others have been invited to the room. However, in some cases, additional facts may be present which will indicate that

subreptice non autorisée lorsqu'elle s'attend raisonnablement à ce que les agents de l'État ne surveillent pas ses activités ou ses conversations privées et ne les enregistrent pas. La question de savoir si une telle attente est raisonnable dépendra des circonstances particulières; une personne ne jouit pas nécessairement de ce droit dans toutes les circonstances. Il suffit pour régler l'espèce de se demander si l'appelant pouvait raisonnablement s'attendre au respect de la vie privée dans cette chambre d'hôtel qui avait en fait été convertie en maison de jeu publique. Il n'est pas nécessaire de décider si l'appelant aurait une telle attente en toutes circonstances selon une notion générale du respect de la vie privée. L'étendue du concept de l'attente raisonnable en matière de respect de la vie privée sera déterminée par les situations de fait qui surviendront dans l'avenir.

Je souscris à l'opinion du juge La Forest qu'une personne qui se retire dans une chambre d'hôtel et qui ferme la porte derrière elle s'attendra normalement et raisonnablement au respect de sa vie privée. La nature de l'endroit où la surveillance a lieu sera toujours un facteur important dont il faudra tenir compte pour déterminer si la personne-cible s'attend raisonnablement au respect de la vie privée dans les circonstances. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant. Une personne qui se trouve dans ce qui serait normalement qualifié de lieu public (un restaurant, par exemple) peut très bien s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée. Par exemple, elle ne s'attendrait raisonnablement pas à ce que la police surveille et enregistre subrepticement la conversation privée qu'elle tient à sa table. De la même façon, ce qui serait normalement qualifié de lieu privé (une résidence personnelle, par exemple) peut très bien, selon son utilisation, devenir un lieu où une personne ne saurait s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée.

L'attente en matière de respect de la vie privée qui existe normalement à l'égard d'une chambre d'hôtel ne sera pas restreinte par le fait qu'une activité illégale peut s'y dérouler, et elle ne sera pas nécessairement écartée par le simple fait que d'autres personnes ont été invitées dans la chambre. Toutefois, dans certains cas, d'autres faits

the target does not have a reasonable expectation of privacy.

In the case at bar, the appellant was situated in a hotel room. In most cases, a hotel room is a location in which one has a reasonable expectation of privacy. However, in this case the appellant had, indiscriminately, extended invitations to the gaming session which was to take place in the hotel room. He had passed out numerous notices in public restaurants and bars, thereby inviting the public into the hotel room. It is impossible to conclude that a reasonable person, in the position of the appellant, would expect privacy in these circumstances. A reasonable person would know that when such an invitation is extended to the public at large, one can no longer expect that strangers, including the police, will not be present in the room. In this case, the police effected their presence in the room via the video camera which was installed in the drapery valence.

I do not wish to be taken as adopting the "risk analysis" which this Court rejected in *Duarte, supra*. I am not equating the risk that strangers will be in the hotel room with the risk that the police will be electronically recording the activity in the hotel room. The issue is not so much concerned with risk as it is with reasonable expectations. Here it was not reasonable for the appellant to expect that strangers, including the police, would not be present in the room.

The appellant may well have had a reasonable expectation of privacy in the hotel room had he extended a few invitations to particular individuals. However, that was not the case here. In my view, and with respect for other views, the appellant had no reasonable expectation of privacy in these circumstances; as a result, no search took place within the meaning of s. 8.

Having concluded that no search took place under s. 8, it is unnecessary to consider the reason-

pourront indiquer que la personne visée n'a pas une attente raisonnable en matière de respect de la vie privée.

a En l'espèce, l'appelant se trouvait dans une chambre d'hôtel. Dans la plupart des cas, une chambre d'hôtel est un lieu dans lequel une personne s'attend raisonnablement au respect de la vie privée. Toutefois, en l'espèce, l'appelant avait, au hasard, lancé des invitations aux séances de jeu qui devaient avoir lieu dans la chambre d'hôtel. Il avait distribué de nombreux avis dans des restaurants publics et des bars, invitant de la sorte le public à la chambre d'hôtel. Il est impossible de conclure qu'une personne raisonnable, dans la situation de l'appelant, pourrait s'attendre au respect de la vie privée dans de telles circonstances. Une personne raisonnable saurait que lorsqu'une telle invitation est lancée au grand public, elle ne peut désormais plus s'attendre à ce qu'il n'y ait pas d'étrangers, y compris des policiers, dans la chambre. En l'espèce, les policiers étaient présents dans la chambre par l'entremise de la caméra vidéo qui avait été installée dans la cantonnière des rideaux.

Je ne veux pas que l'on pense que j'adopte l'analyse fondée sur le risque que cette Cour a rejetée dans l'arrêt *Duarte*, précité. Je ne confonds pas le risque que des étrangers se trouvent dans une chambre d'hôtel et le risque que des policiers enregistrent électroniquement l'activité dans la chambre d'hôtel. La question ne porte pas tant sur le risque mais sur les attentes raisonnables. En l'espèce, il n'était pas raisonnable que l'appelant s'attende à ce qu'il n'y ait pas d'étrangers, voire des policiers, dans la chambre.

L'appelant aurait bien pu s'attendre raisonnablement au respect de la vie privée dans la chambre d'hôtel en cause s'il avait lancé quelques invitations à des personnes en particulier. Toutefois, ce n'est pas le cas en l'espèce. À mon avis, et avec égards pour les autres opinions, l'appelant n'avait aucune attente raisonnable en matière de vie privée dans ces circonstances; par conséquent, il n'y a pas eu fouille ou perquisition au sens de l'art. 8.

Comme j'ai conclu qu'il n'y avait pas eu fouille ou perquisition au sens de l'art. 8, il n'est pas

ableness of the search. The videotape evidence should have been admitted at trial. I would dismiss the appeal and order a new trial. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes, if the target had a reasonable expectation of privacy in the particular circumstances.

2. If surreptitious video surveillance by the police of a hotel room without prior judicial authorization does infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 8 of the *Charter*, is it justified by s. 1 of the *Charter* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

It is not necessary to answer this question.

3. If the answer to question 1 is "yes" and the answer to question 2 is "no", would the admission into evidence of the videotapes bring the administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Chief Justice Lamer and Justice La Forest in this appeal and would respectfully agree with the reasons of La Forest J. except on the issue of the admission of the videotape evidence under s. 24(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

1. Admissibility of the Evidence

Section 24(2) provides:

24. ...

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it

nécessaire d'examiner le caractère raisonnable de la fouille ou perquisition. La preuve magnétoscopique aurait dû être utilisée au procès. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. La surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte-t-elle atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui, si la personne visée avait une attente raisonnable quant au respect de la vie privée dans les circonstances particulières.

2. Si la surveillance magnétoscopique d'une chambre d'hôtel effectuée subrepticement par la police sans autorisation judiciaire préalable porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, est-elle justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

3. Si la réponse à la question 1 est «oui» et la réponse à la question 2 est «non», l'utilisation en preuve des bandes magnétoscopiques est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice en vertu du par. 24(2) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues le juge en chef Lamer et le juge La Forest dans le présent pourvoi et je souscris aux motifs de ce dernier, sauf en ce qui concerne la question de l'utilisation de la preuve magnétoscopique sous le régime du par. 24(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

i 1. Admissibilité de la preuve

Le paragraphe 24(2) prévoit:

24. ...

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces

is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

It is suggested that the admissibility issue raised in this appeal is governed by *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, in which electronic surveillance evidence was held admissible under s. 24(2) on the ground that “the breach was in no way deliberate, wilful or flagrant” and that the police acted in good faith “in accordance with what they had good reason to believe was the law—as it had been for many years before the advent of the *Charter*”. The conduct of the police in that case was further justified on the basis that, if they had understood the law correctly, they would have obtained an authorization under the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Their conduct was accordingly “an entirely reasonable misunderstanding of the law by the police officers who would otherwise have obtained the necessary evidence to convict the accused in any event”.

In my view, it is unwise to rely on precedent for an answer to the question whether or not the admission of evidence obtained in violation of the *Charter* in a particular case would bring the administration of justice into disrepute. The language of s. 24(2) stipulates that the admissibility of the evidence is to be determined in “all the circumstances”. The presence of these words in the section suggests to me that, in determining whether evidence obtained in violation of *Charter* rights should nonetheless be admitted, the context is vital. Hence, while the fact that the police acted “in good faith” may be virtually determinative in one case, in another it may be of little consequence.

That determinations made under s. 24(2) turn entirely on the particular circumstances of each case was underscored by this Court in *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93. In that case it was conceded that the accused’s rights under s. 9 of the *Charter* to be free from arbitrary detention were violated and thus the only issue was the admissibility of certain statements made by the accused

éléments de preuve sont écartés s’il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice.

^a On prétend que la question de l’admissibilité soulevée en l’espèce est régie par l’arrêt *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, dans lequel la preuve obtenue par surveillance électronique a été jugée admissible sous le régime du par. 24(2) pour le motif que «la violation n’était aucunement intentionnelle, volontaire ou flagrante» et que les agents de police avaient agi de bonne foi «en conformité avec ce qu’ils avaient de bonnes raisons de considérer comme la règle de droit applicable—celle qui avait existé pendant bien des années avant l’entrée en vigueur de la *Charte*». La conduite des agents de police dans ce cas se justifiait en outre au motif que s’ils avaient bien compris la règle de droit, ils auraient obtenu une autorisation en vertu du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Leur conduite constituait par conséquent «une méprise tout à fait raisonnable quant aux exigences de la loi par les agents de police, qui auraient obtenu en tout état de cause les éléments de preuve nécessaires pour que l’accusé soit reconnu coupable».

À mon avis, il est mal avisé de se fonder sur la jurisprudence pour répondre à la question de savoir si l’utilisation d’éléments de preuve obtenus en violation de la *Charte* dans un cas donné déconsidérerait l’administration de la justice. Selon le libellé du par. 24(2), l’admissibilité de la preuve doit être déterminée eu égard «aux circonstances». La présence de ces termes me porte à croire que le contexte est essentiel lorsqu’il s’agit de déterminer si les éléments de preuve obtenus en violation des droits reconnus par la *Charte* devraient néanmoins être admis. Ainsi, le fait que la police agisse «de bonne foi» peut à toutes fins utiles être déterminant dans un cas mais avoir peu de conséquences dans un autre.

Dans l’arrêt *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, notre Cour a souligné le fait que les décisions rendues en vertu du par. 24(2) dépendent entièrement des circonstances particulières de chaque cas. Dans cet arrêt, il a été admis que le droit conféré à l’accusé par l’art. 9 de la *Charte* d’être protégé contre la détention arbitraire avait été violé, de sorte que l’unique question en litige était l’admissi-

while detained in contravention of their *Charter* rights. The majority of the Court (Dickson C.J. and McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest and Sopinka JJ.) dismissed the appeal in brief reasons, the gist of which appears at p. 98:

It is not the proper function of this Court, though it has jurisdiction to do so, absent some apparent error as to the applicable principles or rules of law, or absent a finding that is unreasonable, to review findings of the courts below under s. 24(2) of the *Charter* and substitute its opinion of the matter . . .

This deferential approach to the review of lower court decisions under s. 24(2) is appropriate for the very reason that the issue of admissibility is so fact specific.

To repeat then, the context is vital to the issue of admissibility and I see a very different context in this case from that in *Duarte*. I would like to touch briefly on what I see as the significant factors bearing on the issue of admissibility in this case.

The approach which this Court has adopted for the determination of the admissibility of evidence was first stated in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and summarized in the later case of *R. v. Jacoy*, [1988] 2 S.C.R. 548, at pp. 558-59:

First, the court must consider whether the admission of evidence will affect the fairness of the trial. If this inquiry is answered affirmatively, "the admission of evidence would tend to bring the administration of justice into disrepute and, subject to a consideration of other factors, the evidence generally should be excluded" (p. 284). One of the factors relevant to this determination is the nature of the evidence; if the evidence is real evidence that existed irrespective of the *Charter* violation, its admission will rarely render the trial unfair.

The second set of factors concerns the seriousness of the violation. Relevant to this group is whether the violation was committed in good faith, whether it was inadvertent or of a merely technical nature, whether it was motivated by urgency or to prevent the loss of evidence, and whether the evidence could have been obtained without a *Charter* violation.

bilité de certaines déclarations faites par l'accusé alors qu'il était détenu en violation des droits que lui reconnaît la *Charte*. Notre Cour (le juge en chef Dickson et les juges McIntyre, Lamer, Wilson, La Forest et Sopinka) a rejeté le pourvoi à la majorité en rédigeant de brefs motifs dont l'essentiel figure à la p. 98:

En l'absence d'erreur manifeste quant aux principes ou aux règles de droit applicables, ou en l'absence de conclusion déraisonnable, il n'appartient pas vraiment à cette Cour, bien qu'elle ait compétence pour le faire, de réviser les conclusions tirées par les tribunaux d'instance inférieure en vertu du par. 24(2) de la *Charte* et de substituer son opinion en la matière . . .

Cette approche respectueuse à l'égard de l'examen des décisions des tribunaux inférieurs en vertu du par. 24(2) est appropriée précisément parce que la question de l'admissibilité est à ce point reliée aux faits.

Je répète, le contexte est essentiel en ce qui concerne la question de l'admissibilité et selon moi, le contexte en l'espèce est très différent de celui de l'arrêt *Duarte*. J'aimerais dire un mot sur ce qui, à mon avis, constitue des facteurs importants quant à la question de l'admissibilité en l'espèce.

L'approche que notre Cour a adoptée pour décider de l'admissibilité d'une preuve a d'abord été énoncée dans l'arrêt *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et résumée dans l'arrêt subséquent *R. c. Jacoy*, [1988] 2 R.C.S. 548, aux pp. 558 et 559:

Premièrement, la cour doit se demander si l'utilisation de la preuve portera atteinte à l'équité du procès. Dans l'affirmative, d'utilisation de la preuve [. . .] tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et, sous réserve de la considération des autres facteurs, la preuve devrait généralement être écartée» (p. 284). L'un des facteurs pertinents pour déterminer cela est la nature de la preuve: s'il s'agit d'une preuve matérielle qui existait indépendamment de la violation de la *Charte*, son utilisation rendra rarement le procès inéquitable.

Le second groupe de facteurs a trait à la gravité de la violation. Ainsi, il y a lieu de se demander si la violation a été commise de bonne foi, si elle a été commise par inadvertance ou s'il s'agissait d'une simple irrégularité, si elle a eu lieu dans une situation d'urgence ou pour prévenir la perte des éléments de preuve, et si ces derniers auraient pu être obtenus sans violation de la *Charte*.

Finally, the court must look at factors relating to the effect of excluding the evidence. The administration of justice may be brought into disrepute by excluding evidence essential to substantiate the charge where the breach of the *Charter* was trivial. While this consideration is particularly important where the offence is serious, if the admission of the evidence would result in an unfair trial, the seriousness of the offence would not render the evidence admissible.

It is these factors that guide the s. 24(2) determination and I propose to deal with each in turn.

Fairness of the Trial

The videotape evidence in this case was brought into existence purely as a result of the violation of s. 8 of the *Charter*. In this sense it is analogous to a confession and quite different from evidence which has an independent existence apart entirely from the *Charter* violation. The importance of this distinction was addressed in *Collins, supra*, and I would respectfully adopt the following passage from the reasons of Lamer J. in that case at p. 284:

The real evidence existed irrespective of the violation of the *Charter* and its use does not render the trial unfair. However, the situation is very different with respect to cases where, after a violation of the *Charter*, the accused is conscripted against himself through a confession or other evidence emanating from him. The use of such evidence would render the trial unfair, for it did not exist prior to the violation and it strikes at one of the fundamental tenets of a fair trial, the right against self-incrimination.

Lamer J. did not intend his comments regarding self-incrimination to be confined to confessions. This was made clear by him in the later case of *R. v. Ross*, [1989] 1 S.C.R. 3, in which the evidence in issue was the identification evidence obtained by the accused's participation in a line-up in violation of his s. 10(b) right. Lamer J. said at p. 16:

Any evidence obtained, after a violation of the *Charter*, by conscripting the accused against himself through a confession or other evidence emanating from him would tend to render the trial process unfair. In *Collins* we used the expression "emanating from him" since we

Finally, la cour doit prendre en considération les facteurs qui se rapportent à l'effet de l'exclusion de la preuve. L'administration de la justice est susceptible d'être déconsidérée par l'exclusion d'éléments de preuve essentiels pour justifier l'accusation, lorsque la violation de la *Charte* est anodine. Bien que cette considération soit particulièrement importante lorsque l'infraction commise est grave, il reste que si l'utilisation de la preuve devait entraîner un procès inéquitable, la gravité de l'infraction ne saurait rendre cette preuve admissible.

Ce sont ces facteurs qui guident la décision rendue en vertu du par. 24(2) et je me propose d'examiner chacun d'eux à tour de rôle.

L'équité du procès

L'existence de la preuve magnétoscopique en l'espèce résultait purement et simplement de la violation de l'art. 8 de la *Charte*. En ce sens, elle est analogue à une confession et tout à fait différente d'une preuve qui existe indépendamment d'une violation de la *Charte*. L'importance de cette distinction a été soulignée dans l'arrêt *Collins*, précité, et je citerai l'extrait suivant des motifs du juge Lamer à la p. 284:

La preuve matérielle existe indépendamment de la violation de la *Charte* et son utilisation ne rend pas le procès inéquitable. Il en est toutefois bien autrement des cas où, à la suite d'une violation de la *Charte*, l'accusé est conscrit contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui. Puisque ces éléments de preuve n'existaient pas avant la violation, leur utilisation rendrait le procès inéquitable et constituerait une attaque contre l'un des principes fondamentaux d'un procès équitable, savoir le droit de ne pas avoir à témoigner contre soi-même.

Le juge Lamer n'a pas voulu limiter aux confessions ses observations concernant l'auto-incrimination. C'est ce qui ressort clairement de l'arrêt plus récent *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3, où il s'agissait d'une preuve d'identification obtenue avec la participation de l'accusé dans une séance d'identification en violation du droit que lui reconnaît l'al. 10b). Le juge Lamer a dit à la p. 16:

Toute preuve qu'on obtient, après une violation de la *Charte*, en conscrivant l'accusé contre lui-même au moyen d'une confession ou d'autres preuves émanant de lui est susceptible de rendre le procès inéquitable. Dans l'arrêt *Collins*, nous avons employé l'expression «éma-

were concerned with a statement. But we did not limit the kind of evidence susceptible of rendering the trial process unfair to this kind of evidence. I am of the opinion that the use of any evidence that could not have been obtained but for the participation of the accused in the construction of the evidence for the purposes of the trial would tend to render the trial process unfair.

I believe that fair trial considerations favour the exclusion of the videotape evidence in the instant case.

Seriousness of the Charter Violation

Consideration of the second group of the *Collins* factors also militates in my view against the admission of the videotape evidence.

The first and perhaps the most important aspect regarding the seriousness of the violation is that in this case the police had resort to a constitutionally suspect method of investigation in the absence of any compelling circumstances. There was no suggestion that the situation was urgent or that there was a risk that the evidence would be lost. The police had approximately two days' advance notice of each gambling session. Despite this, the police resorted to an investigative technique that was legally questionable and highly intrusive. In *Collins*, Lamer J. recognized that whether resort to questionable techniques was necessary is a factor going to the seriousness of the violation. At page 285 he stated:

I should add that the availability of other investigatory techniques and the fact that the evidence could have been obtained without the violation of the *Charter* tend to render the *Charter* violation more serious. We are considering the actual conduct of the authorities and the evidence must not be admitted on the basis that they could have proceeded otherwise and obtained the evidence properly. In fact, their failure to proceed properly when that option was open to them tends to indicate a blatant disregard for the *Charter*, which is a factor supporting the exclusion of the evidence.

Were proper investigative means available to the police in this case? This question should be approached from a practical point of view taking into account the progress of the investigation and the options which reasonably presented themselves to the police at the relevant time.

nant de lui» parce qu'il s'agissait d'une déclaration. Mais nous n'avons pas limité à cela le genre de preuve susceptible de rendre le procès inéquitable. Je suis d'avis que l'utilisation de tout élément de preuve qu'on n'aurait pas pu obtenir sans la participation de l'accusé à la constitution de la preuve aux fins du procès est susceptible de rendre le procès inéquitable.

J'estime que les considérations relatives à l'équité du procès favorisent l'exclusion de la preuve magnétoscopique en l'espèce.

La gravité de la violation de la Charte

L'examen du deuxième groupe de facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* m'incite également à rejeter l'utilisation de la preuve magnétoscopique.

Le premier aspect, et peut-être le plus important, concernant la gravité de la violation tient à ce que dans le présent pourvoi, la police a eu recours à une méthode d'enquête suspecte sur le plan constitutionnel en l'absence de circonstances contraignantes. Rien ne laissait croire que la situation était urgente ou que la preuve risquait d'être perdue. La police était informée environ deux jours à l'avance de chaque activité de jeu. Malgré cela, elle a eu recours à une méthode d'enquête qui était légalement discutable et très attentatoire. Dans l'arrêt *Collins*, le juge Lamer a reconnu que la question de savoir si le recours à des techniques discutables était nécessaire est un facteur ayant trait à la gravité de la violation. Voici ce qu'il a déclaré à la p. 285:

Je dois ajouter que l'existence d'autres méthodes d'enquête et le fait que la preuve aurait pu être obtenue sans violation de la *Charte* tendent à aggraver les violations de la *Charte*. Nous examinons la conduite réelle des autorités et les éléments de preuve ne doivent pas être admis pour le motif que les autorités auraient pu procéder autrement et ainsi obtenir la preuve de façon régulière. D'ailleurs le fait de ne pas avoir procédé régulièrement lorsque cette possibilité leur était offerte tend à démontrer un mépris flagrant de la *Charte*, ce qui est un facteur en faveur de l'exclusion de la preuve.

La police pouvait-elle utiliser des moyens d'enquête réguliers en l'espèce? Il faudrait aborder cette question d'un point de vue pratique en tenant compte du progrès de l'enquête et des options qui s'offraient normalement à la police à l'époque en cause.

The evidence reveals that the police first learned of the existence of these "floating" gambling houses through an informant. The informant notified them that the games were being held in hotel rooms in Toronto and that invitations to these gambling sessions were handed out in the form of slips at various restaurants. Upon receiving this information, the police canvassed the downtown hotels and, with the assistance of the hotel management, identified the Hilton as the location at which the games were held, the identity of the person booking the room and the dates on which the gambling was to take place.

Armed with this information the police entered the room booked by the accused the previous evening and observed and confiscated a number of items (including the above-mentioned invitations) indicating that gambling activities had indeed taken place. The police then checked to see if there was any way of seeing from the outside what was going on in the room and concluded that there was not. It was at that point, during the initial visit to the scene of the suspected crime, that the police decided to use video surveillance.

What alternative investigative techniques were reasonably available to the police? They might, it seems to me, have had resort to an informer. Apparently an informer had provided them with the vital information they needed to proceed with the investigation in the first place. No explanation was offered as to why this person was not approached for further assistance.

It also seems apparent to me that the use of undercover officers might have proved a fruitful way of investigating the offence. The explanation for not using an undercover officer was that they had so few Oriental police constables on staff that those they had would have been readily recognized. Indeed, the evidence reveals that at the relevant time there were only eleven officers of Oriental extraction on the entire Metropolitan Toronto Police Force, a figure which verges on the astounding. Can one really rely on one's own discriminatory hiring practices as a justification for violating the rights of visible minorities? The idea somehow seems offensive. I do not doubt that

La preuve révèle que la police a pour la première fois appris l'existence de ces maisons de jeux «flottantes» grâce à un dénonciateur. Celui-ci l'a avisée que des activités de jeu avaient lieu dans des chambres d'hôtel de Toronto et que des invitations à ces séances de jeu étaient distribuées sous forme de billets dans divers restaurants. Après avoir reçu cette information, la police a visité les hôtels du centre-ville et, avec l'aide de la direction de l'hôtel, elle a identifié le Hilton comme étant l'endroit où les jeux avaient lieu, en plus d'établir l'identité de la personne qui avait réservé la chambre et les dates auxquelles les activités de jeu devaient avoir lieu.

Munie de cette information, la police est entrée dans la chambre réservée par l'accusé le soir précédent et elle a vu et confisqué un certain nombre d'objets (y compris les invitations susmentionnées) indiquant que des activités de jeu avaient effectivement eu lieu. Elle a ensuite vérifié s'il était possible de voir de l'extérieur ce qui se passait dans la chambre, et elle a conclu que tel n'était pas le cas. C'est à ce moment-là, au cours de la visite initiale sur la scène du crime soupçonné, que la police a décidé d'utiliser la surveillance magnétoscopique.

Quelles autres méthodes d'enquête la police pouvait-elle raisonnablement utiliser? Elle aurait pu, me semble-t-il, avoir recours à un indicateur. Un indicateur semble lui avoir fourni les renseignements essentiels dont elle avait besoin pour procéder d'abord à l'enquête. Elle n'a pas expliqué pourquoi elle n'avait pas eu recours aux services de cette personne ultérieurement.

Il me semble également évident que le recours à des agents d'infiltration aurait pu s'avérer un moyen efficace d'enquêter sur l'infraction. La police a expliqué qu'elle comptait si peu d'agents orientaux au sein de son personnel que ceux-ci auraient été immédiatement reconnus. De fait, la preuve révèle qu'à l'époque en cause, il y avait seulement onze agents d'origine orientale dans tout l'effectif policier de la région métropolitaine de Toronto, chiffre qui est presque incroyable. Peut-on vraiment se fonder sur ses propres pratiques d'embauche discriminatoires pour justifier la violation des droits des minorités visibles? L'idée semble quelque peu choquante. C'était sans aucun

this was the reason for not using a plain clothes officer; I am just of the view that it should not receive judicial condonation.

Finally, and I think most importantly, no attempt was made to obtain an authorization for electronic surveillance under Part IV.1 of the *Criminal Code* [ad. S.C. 1973-74, c. 50] (now Part VI of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46) an alternative which was obviously available in the circumstances. As I have indicated, it would appear that the thought did not, at least initially, cross the investigating officers' minds. Constable Yates, the officer in charge of the investigation, testified as follows:

Police Constable Harker and I looked into the suite and observed whether a game had been played, and it was decided then to install a camera and monitor the activities. [Emphasis added.]

The police did not appear to be seriously concerned about the propriety of this course of action. Instead, they seem to have firmly settled upon the idea of video taping the activities in the room and were not to be swayed from this approach. The following exchange took place between counsel for the defence and Police Constable Yates:

Q: Did you ever make any effort to consult with the crown attorney before installing the video equipment?

A: I may have done. I don't recall. Upon consulting with Police Constable Harker of the Intelligence Bureau, I believe he told me a warrant was not necessary, or you couldn't get one at that time if it was just for a video and there was no audio involved.

Q: So it was a fellow police officer who indicated to you that it was okay?

A: I believe I spoke with Mr. Atkinson [the Crown Attorney].

Q: Are you sure about that?

A: Pretty sure.

I am not persuaded that the police gave proper consideration to the question whether they were acting within the bounds of the law in installing

doute la raison pour laquelle elle n'a pas eu recours à un policier en civil; j'estime simplement que cela ne devrait pas être entériné par les tribunaux.

a Enfin, et c'est ce qui est à mon avis le plus important, on n'a aucunement tenté d'obtenir l'autorisation d'utiliser la surveillance électronique en vertu de la partie IV.1 du *Code criminel*, [aj. S.C. 1973-74, ch. 50] (maintenant partie VI du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46), recours qui s'offrait évidemment dans les circonstances. Comme je l'ai indiqué, il semble qu'au début tout au moins, les agents enquêteurs n'y ont pas pensé. L'agent Yates, responsable de l'enquête, a témoigné comme suit:

[TRADUCTION] L'agent de police Harker et moi-même avons examiné la chambre d'hôtel pour voir si une partie avait été jouée, et c'est alors que nous avons décidé d'installer une caméra et de surveiller les activités. [Je souligne.]

Les agents de police ne semblent pas s'être sérieusement interrogés sur la régularité de cette ligne de conduite. Ils semblent plutôt avoir fermement décidé d'enregistrer sur bande magnétoscopique les activités qui se déroulaient dans la chambre d'hôtel, et de s'en être tenus à cette méthode. L'avocat de la défense et l'agent de police Yates ont échangé les propos suivants:

[TRADUCTION]

Q: Avez-vous déjà essayé de consulter le procureur du ministère public avant d'installer le matériel magnétoscopique?

8 R: Il se peut que oui. Je ne me souviens pas. Après avoir consulté l'agent de police Harker de l'Intelligence Bureau, je pense qu'il m'a dit qu'un mandat n'était pas nécessaire ou que je ne pourrais en obtenir un à ce moment-là s'il s'agissait uniquement d'un enregistrement sur bande magnétoscopique sans système audio.

Q: C'est donc un collègue policier qui vous a indiqué que c'était correct?

i R: Je pense avoir parlé à M^c Atkinson [le procureur du ministère public].

Q: Êtes-vous sûr de cela?

R: À peu près sûr.

j Je ne suis pas convaincue que les agents de police se soient vraiment demandés s'ils agissaient légalement en installant l'équipement magnétoscopique.

the video equipment. Indeed they sought to avoid the regular procedures contemplated for lawful and constitutional searches for entirely unacceptable reasons. Later in his cross-examination, which I quote at some length, Officer Yates testified:

- Q: Was there ever any thought given to applying to a Supreme Court Judge through a designated agent to put a bug—that's an electrical eavesdropper—into the room? *b*
- A: We did talk about it, Mr. Dempsey, but we decided it was not necessary for the purposes of the investigation. *c*
- Q: But have you ever been part of an operation or investigation which is electronic surveillance?
- A: Yes, I have. *d*
- Q: So you're aware of the procedure set out in the Criminal Code for designated ... applying to a Supreme Court judge for an order granting authorization?
- A: Yes, I am. *e*
- Q: And when you say you just decided ... what did you say, Officer, "We didn't need to ..." or ... ?
- A: We didn't ... *f*
- Q: "Didn't think we had to"?
- A: We felt it was not necessary for the purposes of what is relatively a minor investigation, considering ...
- Q: I hope you'll maintain that view.
- A: ... considering the cost factor. *g*
- Q: Well, the cost factor of putting a bug in a room would have been just about, say, all of this apparatus, would you agree?
- A: No, sir. *h*
- Q: You [are] talking about the cost of doing it or the cost of transcribing and preparing for trial?
- A: The cost of making an application through a crown attorney. *i*

Surely it must have struck the police that the detailed provisions contained in Part IV.1 of the *Criminal Code* are there for a reason, i.e., to protect the privacy of individuals against encroachment by the state through the use of *j*

En fait, ils ont, pour des raisons absolument inacceptables, cherché à éviter la procédure normale applicable aux fouilles ou aux perquisitions légales et constitutionnelles. Plus loin dans son contre-interrogatoire, dont je cite un extrait assez long, l'agent Yates a déclaré:

[TRADUCTION]

- Q: Vous est-il venu à l'esprit de vous adresser à un juge de la Cour suprême par l'intermédiaire d'un représentant désigné pour installer un micro—c'est-à-dire un écouteur électrique—dans la chambre?
- R: Nous en avons parlé, M. Dempsey, mais nous avons décidé que cela n'était pas nécessaire pour les fins de l'enquête.
- Q: Mais avez-vous déjà participé à une opération ou à une enquête constituant de la surveillance électronique?
- R: Oui. *d*
- Q: Vous êtes donc au courant des formalités énoncées dans le Code criminel pour [...] demander à un juge de la Cour suprême une ordonnance accordant une autorisation?
- R: Oui. *e*
- Q: Et lorsque vous dites que vous avez simplement décidé [...] qu'avez-vous dit, monsieur l'agent, «nous n'avions pas besoin de ...» ou ... ?
- R: Nous ne ... *f*
- Q: «Nous ne pensions pas que nous devons»?
- R: Nous croyions que cela n'était pas nécessaire pour les fins d'une enquête relativement mineure, considérant ...
- Q: J'espère que vous maintiendrez ce point de vue.
- R: ... considérant le coût. *g*
- Q: Eh bien, le coût d'installation d'un micro dans une chambre se résume, disons, à celui de l'installation de cet appareil, êtes-vous d'accord?
- R: Non, monsieur. *h*
- Q: Parlez-vous du coût de cette opération ou du coût de la transcription et de la préparation en vue du procès?
- R: Le coût de la présentation d'une demande par l'entremise d'un substitut du procureur général. *i*

La police devait certainement savoir que les dispositions détaillées figurant à la partie IV.1 du *Code criminel*, sont là pour une raison, c'est-à-dire pour protéger la vie privée des particuliers contre les empiétements de l'État réalisés au moyen d'une

powerful and sophisticated technology, and not merely to hamper the legitimate aims of law enforcement. Just as surely it must have been obvious to them that there would be little point in Parliament's detailing such procedures if they could be so easily avoided. In my view, the police could and should have sought an authorization for a wiretap. They could then at least have put to the authorizing judge their desire to use video surveillance independent from or in addition to audio surveillance. Their use of video equipment without sound capability seems to me to be a thinly disguised attempt to avoid Part IV.1 of the *Code*. In the circumstances, there can be no doubt but that the police proceeded in blatant disregard of the accused's *Charter* rights.

If it is indeed relevant to the admissibility issue as suggested in *Duarte* (and I am not sure that it is) to consider whether the *Charter* violation was wilful or not, it seems to me that it clearly was in this case. The evidence discloses that the police had a case against the appellant but that it was a weak one. They admitted that they wanted to get Wong on a bigger charge and that videotaping was the obvious way to do it. In effect, they opted in their zeal to pursue a course which they knew to be suspect. This is a far cry from *Duarte*. The police conduct in this case was deliberate. It was not based on a reasonable, or indeed any, misunderstanding of the law. There is nothing to suggest that the police would have obtained the evidence in any event. And there is, as already mentioned, the overwhelming reality that no other perfectly lawful investigative techniques were tried and shown to have failed.

Effect on the System

The final set of factors for review in determining whether the evidence should be excluded under s. 24(2) is the effect of exclusion or admission on the repute of the justice system. The seriousness of the

technologie puissante et sophistiquée, et non seulement pour faire obstacle aux objectifs légitimes de l'application de la loi. Elle aurait dû également savoir de toute évidence qu'il n'aurait servi à rien au Parlement d'énoncer ces formalités en détail si on pouvait y échapper aussi facilement. À mon avis, les agents de police pouvaient et devaient chercher à obtenir une autorisation en vue de procéder à une écoute électronique. Ils auraient pu alors au moins faire connaître au juge concerné leur désir d'utiliser la surveillance magnétoscopique indépendamment de la surveillance audio ou en plus de celle-ci. L'utilisation qu'ils ont faite de l'équipement magnétoscopique sans moyens de capter le son constitue, me semble-t-il, une tentative à peine déguisée de se soustraire à la partie IV.1 du *Code*. Dans les circonstances, il ne peut faire aucun doute que la police a fait preuve d'une indifférence flagrante à l'égard des droits que possède un accusé en vertu de la *Charte*.

Si, comme on l'a laissé entendre dans l'arrêt *Duarte*, il est réellement pertinent à la question de la recevabilité (ce dont je ne suis pas certaine) de se demander si une violation de la *Charte* était volontaire ou non, il me semble qu'elle l'était manifestement en l'espèce. Il appert que les agents de police ont établi une preuve contre l'appelant mais que celle-ci était faible. Ils ont admis qu'ils voulaient porter une accusation plus sérieuse contre Wong et que l'enregistrement magnétoscopique était le moyen évident d'y parvenir. En fait, leur zèle les a incités à suivre une ligne de conduite qu'ils savaient être suspecte. Cette situation est loin de ressembler à celle de l'arrêt *Duarte*. La conduite de la police en l'espèce était délibérée. Elle n'était pas fondée sur une méprise, raisonnable ou autre, quant à la loi. Rien ne laisse croire que la police aurait obtenu des éléments de preuve en tout état de cause. Et, comme je l'ai déjà mentionné, il n'y a pas l'ombre d'un doute qu'aucune autre méthode d'enquête parfaitement légale n'a été essayée, qui se serait révélée infructueuse.

Effet sur le système

Le dernier ensemble de facteurs à examiner pour déterminer si la preuve devrait être écartée sous le régime du par. 24(2) réside dans l'effet de l'exclusion ou de l'utilisation de ladite preuve sur

offence with which an accused is charged is particularly relevant in this regard. In this case, however, the police themselves, as I have noted above, did not consider the offence to be of a very serious nature. While it was suggested that the operation of gambling houses was sometimes accompanied by violence, no substantial evidence was led on this point. In the circumstances, given the type of evidence at issue in this appeal, the fact that the violation of the accused's *Charter* rights was serious because it was so unnecessary, and the fact that the offence with which the accused was charged was not in the very serious category, I conclude that the admission of the video tape evidence would tend to bring the administration of justice into repute and that it should be excluded.

With all due respect to those who think otherwise, it seems to me that to extend the principle in *Duarte* to this case is to completely ignore the words "having regard to all the circumstances" in s. 24(2).

2. Disposition

The trial judge, having excluded the video tape evidence, also found that the evidence obtained in the raid of the hotel room was inadmissible. There was thus insufficient evidence to convict the accused. I see no reason to interfere with that finding. I would therefore allow the appeal and restore the acquittal.

Appeal dismissed, WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

la réputation du système judiciaire. La gravité de l'infraction dont l'accusé est inculpé est particulièrement pertinente à cet égard. En l'espèce, toutefois, les policiers eux-mêmes, comme je l'ai mentionné plus haut, n'ont pas jugé l'infraction très sérieuse. On a laissé entendre que l'exploitation des maisons de jeu était parfois accompagnée de violence, mais aucune preuve sérieuse n'a été produite sur ce point. Dans les circonstances, considérant le type de preuve contestée dans le présent pourvoi, le fait que la violation des droits de l'accusé sous le régime de la *Charte* était grave parce qu'elle était si inutile, et le fait que l'infraction dont l'accusé était inculpé ne faisait pas partie de la catégorie des infractions très graves, je conclus que l'utilisation de la preuve magnétoscopique tendrait à déconsidérer l'administration de la justice et qu'elle devrait être écartée.

Sauf le respect que je dois à ceux qui pensent le contraire, il me semble qu'étendre le principe énoncé dans l'arrêt *Duarte* à l'espèce ne tient aucun compte des termes «eu égard aux circonstances» du par. 24(2).

2. Dispositif

Ayant exclu la preuve magnétoscopique, le juge du procès a également conclu que la preuve obtenue au cours de la descente de police dans la chambre d'hôtel était inadmissible. Il n'y avait donc pas de preuve suffisante pour condamner l'accusé. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. Je suis par conséquent d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

Pourvoi rejeté, le juge WILSON est dissidente.

Procureurs de l'appelant: Gold & Fuerst, Toronto.

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

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Mark Walter Kirkness *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. V. KIRKNESS

File No.: 21720.

1990: May 3; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Homicide — Single transaction principle — Principle derived from first degree murder classification — Whether or not single transaction principle extends to manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5).

Criminal law — Attempts — Party to offence — Common intent — Agreement to break and enter — One party sexually assaulting and murdering victim — Accused asking companion not to strangle victim but otherwise not preventing or dissociating self — Whether or not accused aiding and abetting crime of manslaughter — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(1), (2).

Appellant and a friend, Snowbird, had been drinking when they agreed to break into a house at Snowbird's suggestion. Appellant entered through a window with a garden tool handle, let Snowbird in through the door and gave the broken handle to Snowbird as a weapon. Snowbird sexually assaulted and killed the eighty-three-year-old woman who lived there. Appellant was told to leave the room when the assault began and remained across the hall while the assault was occurring. He placed a chair against the outside door of the house and occupied himself with stealing various things from the house. Snowbird dragged his unconscious victim into the hallway and began to choke her. Appellant asked him "not to do that because he (Snowbird) was going to kill her." Snowbird then suffocated the victim.

The trial judge set out two options to the jury: either they could find both Snowbird and appellant guilty of murder or the lesser included offence of manslaughter or alternatively they could find that the death occurred

* Chief Justice at the time of judgment.

Mark Walter Kirkness *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. C. KIRKNESS

N° du greffe: 21720.

1990: 3 mai; 1990: 22 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Homicide — Principe de l'affaire unique — Principe découlant de la catégorie des meurtres au premier degré — Le principe de l'affaire unique s'étend-il à l'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5).

Droit criminel — Tentatives — Partie à une infraction — Intention commune — Entente sur l'introduction par effraction — Agression sexuelle et meurtre commis par une partie — L'accusé a demandé à son compagnon de ne pas étrangler la victime, mais sans l'en empêcher autrement ni s'en dissocier — L'accusé a-t-il aidé ou encouragé la perpétration de l'infraction d'homicide involontaire coupable? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2).

L'appellant et un ami, Snowbird, avaient consommé de l'alcool lorsqu'ils ont convenu d'entrer par effraction dans un domicile, à la suggestion de Snowbird. L'appellant est entré par une fenêtre qu'il a ouverte avec le manche d'un outil de jardin, il a ouvert la porte à Snowbird et lui a remis le manche brisé comme arme. Snowbird a agressé sexuellement et tué une femme de 83 ans qui vivait dans cette maison. L'appellant, suivant les directives de Snowbird, a quitté la chambre au début de l'agression et est demeuré dans le corridor pendant le déroulement de l'agression. Il a placé une chaise contre la porte d'entrée de la maison et s'est occupé en volant divers objets dans la maison. Snowbird a traîné sa victime inconsciente dans le corridor et a commencé à l'étrangler. L'appellant lui a dit «de ne pas faire cela parce qu'il (Snowbird) allait la tuer». Snowbird a ensuite étouffé la victime.

Le juge du procès a présenté deux options au jury: il pouvait soit conclure que Snowbird et l'appellant étaient coupables de meurtre ou de l'infraction moindre et inclure d'homicide involontaire coupable, soit conclure

* Juge en chef à la date du jugement.

because of suffocation at the hands of Snowbird. He did not charge the jury on s. 214(5) of the *Criminal Code*.

Snowbird was convicted of first degree murder. Appellant was acquitted but the Court of Appeal set aside the verdict and directed a new trial on the charge of manslaughter.

At issue here were: (1) whether or not it was appropriate to apply the "single transaction" principle derived from the first degree murder classification in s. 214(5) to support an order for a retrial on a charge of manslaughter; and (2) whether or not the trial judge adequately charged the jury on the issue of party liability as it related to accused's liability in the homicide and the application of s. 21 of the *Code*.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: The single transaction analysis should be limited to those cases of murder classified as being either in the first or second degree under s. 214(5). To establish a single transaction analysis, the Crown must first establish that the accused committed the underlying offence and that he or she also committed the murder. Similarly for party offences, the Crown must first establish that the accused was a party to both offences. It is only when this has been accomplished that the court may then consider whether the two offences were sufficiently closely connected in time to allow the murder to be classified as first degree. Manslaughter, however, is not classified as to category and can apply to a very broad range of circumstances. The single transaction analysis, therefore, could not be used to direct a new trial on a charge of manslaughter. Given the nature of the charge, the options left with the jury and Snowbird's conviction of first degree murder, appellant could not be part of a "single transaction" which resulted in the victim's death.

Appellant could only be implicated as a party to the sexual assault through the operation of s. 21 of the *Code*. The person aiding or abetting the crime must intend that death ensue or intend that he or the perpetrator cause bodily harm likely to result in death and be reckless whether death ensues or not. If the intent of the

que la mort avait été causée par l'étouffement de la victime par Snowbird. Le juge du procès n'a pas fait d'exposé au jury sur le par. 214(5) du *Code criminel*.

Snowbird a été déclaré coupable de meurtre au premier degré. L'appelant a été acquitté mais la Cour d'appel a écarté le verdict et a ordonné un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Les questions en litige sont les suivantes: (1) y a-t-il lieu d'appliquer le principe de «l'affaire unique» issu de la catégorie des meurtres au premier degré décrite au par. 214(5) pour fonder une ordonnance de nouveau procès sur une accusation d'homicide involontaire coupable? et (2) le juge du procès a-t-il convenablement exposé au jury la question de la responsabilité de la partie à une infraction, en ce qui concernait la responsabilité de l'accusé dans l'homicide et l'application de l'art. 21 du *Code*.

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory: L'analyse fondée sur l'affaire unique devrait être limitée aux cas où le meurtre est classé dans la catégorie des meurtres au premier ou au deuxième degré en vertu du par. 214(5). L'analyse fondée sur l'affaire unique exige que la poursuite démontre d'abord que l'accusé a commis l'infraction sous-jacente et qu'il a également commis le meurtre. De même, en ce qui a trait aux infractions perpétrées à titre de participant, la poursuite doit d'abord établir que l'accusé était partie aux deux infractions. Ce n'est qu'après cela que le tribunal peut examiner la question de savoir si les deux infractions étaient suffisamment rapprochées dans le temps pour permettre que le meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré. L'infraction d'homicide involontaire coupable n'est pas divisée en catégories et s'applique à une vaste gamme de circonstances. Par conséquent, l'analyse fondée sur l'affaire unique ne peut être utilisée pour ordonner la tenue d'un nouveau procès sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Compte tenu de l'accusation, de l'exposé, des options décrites au jury et de la déclaration de culpabilité de Snowbird pour meurtre au premier degré, l'appelant ne peut être partie à «une affaire unique» qui a entraîné le décès de la victime.

L'appelant ne pouvait être impliqué, aux termes de l'art. 21 du *Code*, qu'à titre de participant à l'agression sexuelle. Celui qui aide ou qui encourage une personne à commettre le crime doit avoir l'intention que la mort s'ensuive ou avoir l'intention que l'auteur du crime ou lui-même cause des lésions corporelles de nature à

aiding party is insufficient to support a murder conviction, then that party might still be convicted of manslaughter if the unlawful act which was aided or abetted is one he or she knows is likely to cause some harm short of death. Neither intent was demonstrated by the appellant in the present case.

Appellant, when he formed an intent in common with Snowbird to carry out the break and enter, did not know before entering that Snowbird would either commit a sexual assault or kill the victim. Appellant was not a party to the suffocation and, indeed, put Snowbird on "timely notice" that he was acting on his own. The single transaction principle was not applicable absent evidence linking appellant to the suffocation.

The trial judge adequately instructed the jury as to the offences (including manslaughter), the law pertaining to parties to offences and the evidence implicating the appellant in relation to the applicable law. A verdict of manslaughter was only open to the jury if the appellant was found to be a party to the sexual assault and the death was found to be a result of the sexual assault. The possibility of reaching such a verdict was not withdrawn from the jury.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The single transaction principle discussed in *R. v. Paré* had no application here. The issue is whether the trial judge properly instructed the jury regarding appellant's possible liability as a party to the homicide under s. 21 of the *Criminal Code*.

In the context of murder, a jury can find an accused guilty of the lesser included offence of manslaughter where that person aided or abetted a principal found guilty of murder. In crimes of personal violence, the *mens rea* for manslaughter will often be present in a party who has assisted. The possibility of convicting an accessory for manslaughter as opposed to murder should have been explained to the jury in this case.

The mental element of the offence of aiding and abetting in the commission of a criminal offence is doing an act for the purpose of assisting the principal in the commission of the offence. In the context of party liability the essential elements of the offence take a somewhat different form from that taken in the case of principal offenders because a party's acts and intent must be examined in relation to those of the principal.

entraîner la mort et qu'il lui soit indifférent que la mort s'ensuive ou non. Si l'intention de la partie aide est insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, alors cette partie peut toujours être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si elle savait que l'acte illégal auquel elle a fourni de l'aide ou un encouragement était de nature à causer des blessures mais non la mort. Aucune intention de ce genre n'a été démontrée en l'espèce en ce qui concerne l'appellant.

L'appellant, qui a formé l'intention commune avec Snowbird de s'introduire par effraction, ne savait pas avant d'entrer que Snowbird commettrait une agression sexuelle ou tuerait la victime. L'appellant n'a pas participé à l'étouffement de la victime et il a, en réalité, donné un «avis opportun» à Snowbird que dès lors il agissait seul. Le principe de l'affaire unique ne s'applique pas en l'absence de preuve reliant l'appellant à l'étouffement.

Le juge du procès a fait un exposé adéquat au jury concernant les infractions (y compris l'homicide involontaire coupable), le droit relatif aux participants aux infractions et la preuve impliquant l'appellant, par rapport au droit applicable. Le jury ne pouvait arriver à un verdict d'homicide involontaire coupable que s'il concluait que l'appellant avait participé à l'agression sexuelle et que la mort résultait de celle-ci. La possibilité d'arriver à un tel verdict n'a pas été enlevée au jury.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé (dissidentes): Le principe de l'affaire unique traité dans l'arrêt *R. c. Paré* ne s'applique pas en l'espèce. La question est de savoir si le juge du procès a donné des directives appropriées au jury concernant la responsabilité possible de l'appellant comme participant à l'homicide, aux termes de l'art. 21 du *Code criminel*.

Dans le contexte du meurtre, le jury peut déclarer un accusé coupable de l'infraction moindre et comprise d'homicide involontaire coupable lorsqu'il a aidé ou encouragé la personne qui est déclarée coupable de meurtre. Dans les crimes de violence contre la personne, celui qui a aidé à la perpétration du crime aura souvent la *mens rea* d'homicide involontaire coupable. La possibilité de déclarer un complice coupable d'homicide involontaire coupable par opposition au meurtre aurait dû être expliquée au jury en l'espèce.

L'élément moral de l'infraction d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'une infraction criminelle est d'accomplir un acte en vue d'aider l'auteur dans la perpétration de l'infraction. Dans le contexte de la responsabilité à titre de participant, les éléments essentiels de l'infraction prennent une forme un peu différente de la forme qu'ils présentent dans le cas des auteurs principaux parce que les actes et l'intention d'un participant

Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. Distinguishing between acts amounting to "mere acquiescence" and acts amounting to "encouragement", however, is often difficult. An aider or abettor must possess the necessary state of mind and evidence must support an inference that the accused had prior knowledge of the anticipated crime and that it was substantially similar to the actual crime.

The accused neither aided nor abetted this murder because he did not have the specific intent to assist in bringing about the death of the victim. His liability for the victim's death turned solely upon whether he aided or abetted the sexual assault of this woman. The evidence supports such a finding. His actions amounted to more than "mere acquiescence"; they were akin to those of a "look-out" and therefore could be considered as assisting and encouraging Snowbird in the commission of the sexual assault which he knew was taking place.

The crime committed by Snowbird was of a similar type to that which the accused believed he was aiding and abetting. It may be somewhat artificial to draw a sharp line between the act of sexual assault and the act of suffocation where the violence inherent in the sexual assault escalated in a maniacal way to the violence accompanying suffocation. The sexual assault and the suffocation are offences of the same type in the sense that together they combine to form the offences proscribed by either s. 246.2 or s. 246.3 of the *Code*. Moreover, they are offences which could cause bodily harm short of death. Even if the appellant intended only to assist in the commission of a sexual assault *simpliciter*, it would be open to the jury to find that in law he aided and abetted a crime of a type involving personal violence and hence a risk of bodily harm short of death.

The common intent rule (codified in s. 21(2)) was specifically designed to determine liability in situations such as the present. First the accused must be shown to have formed an intention in common with others to carry out an unlawful purpose and to assist them in achieving that purpose. This common intention is usually implied from the facts. It need not be pre-planned in any way and may arise just prior to or at the time of the

doivent être examinés par rapport aux actes et à l'intention de l'auteur principal. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction, ou si elle a pour but l'incitation. Il est souvent difficile d'établir une distinction entre les actes qui équivalent à un «simple acquiescement» et les actes qui équivalent à une «incitation». Celui qui aide ou encourage doit avoir l'état d'esprit nécessaire et la preuve doit permettre de déduire que l'accusé avait la connaissance préalable du crime envisagé et que ce dernier était essentiellement semblable au crime commis.

L'accusé n'a ni aidé ni encouragé le meurtre parce qu'il n'avait pas l'intention précise d'aider à causer la mort de la victime. Sa responsabilité relativement au décès de la victime dépend uniquement de la question de savoir s'il a fourni l'aide ou un encouragement à la perpétration de l'agression sexuelle. La preuve étaye une telle conclusion. Ses actes équivalaient à plus qu'un «simple acquiescement»; ils étaient semblables à ceux d'un «guetteur» et pouvaient donc être considérés comme aidant et encourageant Snowbird dans la perpétration de l'agression sexuelle qu'il savait avoir lieu.

Le crime commis par Snowbird était d'un genre semblable à celui auquel l'accusé croyait apporter de l'aide et de l'encouragement. Il peut être quelque peu artificiel de tirer une ligne de démarcation précise entre l'acte de l'agression sexuelle et l'acte d'étouffement lorsque la violence inhérente à l'agression sexuelle s'est intensifiée de façon maniaque jusqu'à la violence qui a accompagné l'étouffement. L'agression sexuelle et l'étouffement peuvent être considérés comme des infractions du même genre dans le sens que, ensemble, elles se complètent pour former les infractions interdites par les art. 246.2 ou 246.3 du *Code*. En outre, il s'agit d'infractions qui pourraient causer des lésions corporelles sans causer la mort. Même si l'appelant avait eu seulement l'intention d'aider à la perpétration d'une agression sexuelle simple, il serait loisible au jury de conclure que, en droit, il a aidé et encouragé un crime d'un genre comportant de la violence contre la personne et donc un risque de lésions corporelles mais non la mort.

La règle de l'objet commun (codifiée au par. 21(2)) a été précisément conçue pour déterminer la responsabilité dans le genre de situation présentée en l'espèce. Premièrement, il faut démontrer que l'accusé avait formé avec d'autres personnes le projet de poursuivre une fin illégale et de les aider à réaliser cette fin. La fin commune est habituellement déduite des faits. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit planifiée d'avance et peut prendre

commission of the offence. Here, the initial common purpose of the appellant and Snowbird was to break and enter.

The nature of the common purpose is often determinative of whether an accused will be held responsible for the principal's subsequent acts. The propensity for violence of each or any of the common intenders is relevant to a determination of the extent of the common purpose. There was evidence here that resort to violence might occur in carrying out the common purpose.

If the jury found that the common purpose encompassed only the breaking and entering it might be hard to justify a finding that the death of the occupant was a probable consequence of that purpose. If, however, the jury determined that the common purpose also encompassed acts of physical violence against the occupant, then the route to party liability is much clearer. Violence so often accompanies sexual crimes that the probability of harm short of death is implicit, especially when the common purpose contemplates physical interference with a person. There may, of course, be situations where the level of physical violence contemplated is so minimal, even in some assaults of a sexual nature, that serious bodily harm is merely a possibility rather than a probability. The question of whether the causing of bodily harm short of death was a probable consequence of the sexual offence was for the jury to decide.

An accused may be absolved of criminal liability for the acts of the principal if he can show that he abandoned his purpose to assist in the commission of a criminal offence. The standard varies in relation to the accused's degree of participation in the crime. The central consideration relates to the quality of the withdrawal in relation to both the offence and the type of criminal participation in which the party has engaged. The trial judge also erred in failing to explain the abandonment defence to the jury.

The trial judge did not adequately instruct the jury with regard to the possibility of convicting the appellant of manslaughter. The charge was confusing and it was erroneous and misleading with respect to the application of the common intent section. By posing the question in terms of whether the sexual assault caused the death, he improperly implied that if appellant did not directly assist in the act of suffocation he could not be held responsible for the victim's death. The question for the

naissance juste avant la perpétration de l'infraction ou au moment de celle-ci. En l'espèce, l'appelant et Snowbird avaient initialement formé le projet commun de s'introduire par effraction dans un domicile.

^a La nature de la fin commune sera souvent déterminante pour répondre à la question de savoir si un accusé sera tenu responsable des actes subséquents de l'auteur principal. Pour déterminer les limites de la fin commune, il est pertinent d'examiner la tendance à la violence de chacune des personnes qui ont formé ensemble le projet. En l'espèce, il y avait preuve qu'on pouvait recourir à la violence pour poursuivre la fin commune.

Si le jury décidait que la fin commune ne visait que l'introduction par effraction, il serait difficile de justifier la conclusion selon laquelle la mort de l'occupante était une conséquence probable de cette fin. Toutefois, si le jury déterminait que la fin commune visait également des actes de violence physique contre l'occupante, alors la voie à suivre pour déterminer la responsabilité à titre de participant serait beaucoup plus claire. La violence accompagne si souvent les crimes d'ordre sexuel qu'il est implicite dans la nature même de l'infraction que certaines blessures, sinon la mort, sont probables, surtout lorsque le projet commun envisage un acte physique contre une personne. Évidemment, il peut y avoir des situations dans lesquelles le niveau de violence physique envisagée est tellement minime, même dans certaines agressions de nature sexuelle, que des lésions corporelles graves sont une simple possibilité plutôt qu'une probabilité. Il appartenait au jury de trancher la question de savoir si l'infliction de lésions corporelles sans causer la mort était une conséquence probable de l'infraction sexuelle.

^g Un accusé peut se dégager de la responsabilité criminelle à l'égard des actes de l'auteur principal s'il peut démontrer qu'il a renoncé au projet de l'aider à perpétrer une infraction criminelle. La norme varie selon le degré de participation de l'accusé au crime. La considération principale est la qualité du retrait relativement à l'infraction et le genre de participation criminelle adoptée par le participant. Le juge du procès a aussi commis une erreur en n'expliquant pas au jury le moyen de défense fondé sur la renonciation.

ⁱ Le juge du procès n'a pas donné au jury des directives adéquates sur la possibilité de déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable. Les directives étaient confuses, erronées et trompeuses quant à l'application de l'article sur l'intention commune. En disant qu'il s'agissait de savoir si l'agression sexuelle avait causé le décès, le juge du procès a incorrectement sous-entendu que si l'appelant n'avait pas directement aidé à l'étouffement alors il ne pouvait pas être tenu responsa-

jury, however, was not whether the sexual assault caused the death but rather whether appellant aided or abetted Snowbird in a crime which was of the type which could have caused bodily harm or whether bodily harm could have resulted as a consequence of carrying out the sexual assault. This point of fundamental importance was lost on the jury because of the trial judge's misdirection.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618; referred to: *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Paré, [1987] 2 S.C.R. 618; *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160; *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462; *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189; *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170; *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881; *R. v. Cunningham* (1937), 68 C.C.C. 176; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251; *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344; *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145; *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350; *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443; *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439; *Plummer's Case*, Kel J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509, leave to appeal refused (1902), 5 C.C.C. 529; *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680; *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212; *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 21, 212, 214(5) [rep. & sub. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 16; am. S.C. 1985, c. 19, s. 41(2) (item 3)], 246.1, 246.2, 246.3.

Authors Cited

Foster, Sir Michael. *Foster's Crown Law*. London: 1809. Gillies, Peter. *Criminal Law*. Sydney: Law Book Co., 1985.

ble de la mort de la victime. La question à laquelle le jury devait répondre n'a jamais été de savoir si l'agression sexuelle a causé la mort, mais plutôt si l'appelant avait aidé ou encouragé Snowbird à commettre un crime qui était du genre qui aurait pu causer des lésions corporelles ou de savoir si des lésions corporelles auraient pu résulter comme conséquence de l'agression sexuelle. Le jury n'a pu apprécier ce point fondamentalement important en raison des directives erronées du juge du procès.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618; **arrêts mentionnés:** *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518; *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Paré, [1987] 2 R.C.S. 618; *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160; *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462; *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189; *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170; *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881; *R. v. Cunningham* (1937), 68 C.C.C. 176; *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352; *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251; *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344; *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145; *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300; *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350; *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443; *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439; *Plummer's Case*, Kel J. 109, 84 E.R. 1103; *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509, autorisation de pourvoi refusée (1902), 5 C.C.C. 529; *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238; *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18; *Henderson v. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420; *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680; *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212; *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21, 212, 214(5) [abr. & rempl. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 16; mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 41(2) (item 3); mod. S.C. 1985, ch. 19, art. 185 (item 8)], 246.1, 246.2, 246.3.

Doctrine citée

Foster, Sir Michael. *Foster's Crown Law*. London: 1809. Gillies, Peter. *Criminal Law*. Sydney: Law Book Co., 1985.

Lanham, David. "Accomplices and Withdrawal" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575.

Manson, A. "Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions" (1989), 14 *Queen's L.J.* 85.

Rose, V. Gordon. *Parties To An Offence*. Toronto: Carswells, 1982.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*. Toronto: Carswells, 1982.

Wasik, Martin. "Abandoning Criminal Intent", [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 61 Man. R. (2d) 167, 51 C.C.C. (3d) 444, setting aside an acquittal by Scollin J. sitting with jury. Appeal allowed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Timothy J. Preston, for the appellant.

Stuart J. Whitley, Q.C., for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two questions must be answered in order to dispose of this appeal. First, is it appropriate to apply the "single transaction" principle derived from the first degree murder classification appearing in s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)) to support an order for a retrial on a charge of manslaughter? Second, did the trial judge, by his instructions, withdraw from the jury the possibility of a verdict of manslaughter?

Factual Background

The appellant and his friend, Alexander Snowbird, came from God's Lake Narrows. On December 31, 1987 they were in Winnipeg. That evening they went to a number of bars and undoubtedly drank a good deal. In the early morning hours of New Year's Day, Snowbird took the appellant to the alley behind the residence of Elizabeth John-

| Lanham, David. «Accomplices and Withdrawal» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575.

Manson, A. «Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions» (1989), 14 *Queen's L.J.* 85.

^a Rose, V. Gordon. *Parties To An Offence*. Toronto: Carswells, 1982.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*. Toronto: Carswells, 1982.

Wasik, Martin. «Abandoning Criminal Intent», [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

^b Williams, Glanville. *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 61 Man. R. (2d) 167, 51 C.C.C. (3d) 444, qui a écarté l'acquittement prononcé par le juge Scollin siégeant avec jury. Pourvoi accueilli, les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

^d *Timothy J. Preston*, pour l'appellant.

Stuart J. Whitley, c.r., pour l'intimée.

^e Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

^f LE JUGE CORY—Il faut répondre à deux questions dans le présent pourvoi. Premièrement, y a-t-il lieu d'appliquer le principe de l'«affaire unique» qui découle de la catégorie de meurtres au premier degré décrite au par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 231(5)) pour fonder une ordonnance de nouveau procès sur une accusation d'homicide involontaire coupable? Deuxièmement, le juge du procès, par ses directives, a-t-il enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable?

Les faits

ⁱ L'appellant et son ami, Alexander Snowbird, venaient de God's Lake Narrows. Le 31 décembre 1987, ils étaient à Winnipeg. Ce soir-là, ils sont allés dans plusieurs bars et, de toute évidence, ont beaucoup bu. Très tôt le matin du Jour de l'An, Snowbird a amené l'appellant dans une ruelle située à l'arrière de la résidence d'Elizabeth John-

son and suggested that they break into her house. The appellant readily agreed. They opened a window through which the appellant entered and opened the back door for Snowbird.

Elizabeth Johnson was a slight, frail woman of eighty-three years. She was asleep in her bed when the two men broke into her house. Snowbird saw her. He went into her bedroom, removed her clothes and sexually assaulted her. The appellant, on the instructions of Snowbird, remained outside. He sat in a chair in the hallway on the other side of the bedroom door for some time and otherwise occupied himself by stealing various things from the house. The appellant also placed a chair against the front door of the house while Snowbird was in the bedroom sexually assaulting Mrs. Johnson. In the long and detailed statement which the appellant gave to the police he explained that he had taken this action because he thought someone might come into the residence while he and Snowbird were there.

Subsequent to the sexual assault, Alexander Snowbird dragged Elizabeth Johnson from the bedroom into the hallway where, according to the appellant, she "just laid there". The appellant then entered the bedroom and there proceeded to steal various items. Upon leaving the bedroom, the appellant saw Snowbird begin to choke the victim. The appellant told Snowbird "not to do that because he (Snowbird) was going to kill her." According to the appellant, Snowbird then placed a plastic bag over the head of Elizabeth Johnson, dragged her into the bathroom, dumped her into the bathtub and turned on the hot water.

In all of his statements to the police the appellant denied ever touching Elizabeth Johnson or that he had participated in either the sexual assault, the choking or the suffocation of the victim.

The pathologist stated that in his opinion death was due to suffocation. There was no physical or forensic evidence which linked the appellant to either the sexual assault or the suffocation of the victim. The sole physical evidence against the

son et a proposé qu'ils entrent par effraction dans sa maison. L'appelant a accepté d'emblée. Ils ont ouvert une fenêtre, l'appelant est entré et est allé ouvrir à Snowbird la porte de derrière.

^a Elizabeth Johnson était une femme mince et frêle âgée de 83 ans. Elle dormait dans son lit lorsque les deux hommes sont entrés dans sa maison. Snowbird l'a vue et il est entré dans sa chambre à coucher, lui a enlevé ses vêtements et l'a agressée sexuellement. L'appelant, suivant les instructions de Snowbird, est resté à l'extérieur. Pendant que Snowbird agressait sexuellement M^{me} Johnson dans la chambre à coucher, l'appelant est resté assis un certain temps sur une chaise dans le corridor, de l'autre côté de la porte de la chambre, s'est occupé à voler divers objets dans la maison et a également placé une chaise contre la porte d'entrée de la maison. Dans la déclaration longue et détaillée que l'appelant a faite aux policiers, il a expliqué qu'il avait fait cela parce qu'il pensait que quelqu'un pourrait entrer dans la maison pendant que Snowbird et lui-même s'y trouvaient.

^e Après l'agression sexuelle, Alexander Snowbird a traîné Elizabeth Johnson hors de la chambre dans le corridor où, selon l'appelant, elle est « simplement restée étendue par terre ». L'appelant est ensuite entré dans la chambre et y a volé divers objets. Lorsqu'il est sorti de la chambre, l'appelant a vu Snowbird qui commençait à étrangler la victime. L'appelant a dit à Snowbird [TRADUCTION] « de ne pas faire cela parce qu'il (Snowbird) allait la tuer ». Selon l'appelant, Snowbird a ensuite placé un sac de plastique sur la tête d'Elizabeth Johnson, l'a traînée dans la salle de bains, l'a jetée dans la baignoire et a ouvert le robinet d'eau chaude.

^h Dans toutes les déclarations qu'il a faites aux policiers l'appelant a nié avoir jamais touché Elizabeth Johnson ou avoir participé à l'agression sexuelle, à la strangulation ou à l'étouffement de la victime.

^j Le pathologiste a dit que, à son avis, le décès était dû à un étouffement. Aucun élément de preuve matériel ou médico-légal ne liait l'appelant à l'agression sexuelle ou à l'étouffement de la victime. Le seul élément de preuve matériel contre

appellant was a smear of blood on his underwear pants. He confirmed that they were the same ones he had been wearing at the time of the break and enter. However, he stated that a day or so after breaking into the Johnson house, he had been involved in a fight and beaten to such an extent that he was hospitalized two days before his arrest. As well, it must be noted that the blood smear could not be typed or even identified as human blood.

Both the appellant and Snowbird were charged with first degree murder. Snowbird was convicted of that crime while the appellant was acquitted.

Some Comments Upon the Factual Background

The facts of this case are depressing and sordid in the extreme. Their simple recitation incites feelings of anger and utter revulsion. That sense of disgust is bound to strengthen the very natural tendency to closely associate the appellant with the perpetrator of this particularly despicable crime. The almost inevitable result is to think that the appellant must be guilty because of his association with Snowbird. Nevertheless, principles of criminal law and fairness require that the guilt or innocence of Kirkness be determined solely on the evidence which implicates him in the killing of the victim. Both the despicable and the personable are entitled to be judged guilty or innocent solely on the basis of the evidence relating to the crime with which they are charged.

It must be remembered that the twelve members of the jury heard all the evidence and were for several days immersed in this tale of brutish violence and cruel insensitivity. Indeed, they were complimented by counsel for the Crown for the careful attention that they had given to all the witnesses throughout the trial. They listened to and obviously assessed the lengthy and detailed statement given by Kirkness to the police. At the conclusion of the trial, the jury, acting as judges of the facts, acquitted the appellant. They reached this decision as representatives of their community, no doubt carrying with them all of that community's natural sympathy for a frail, helpless,

l'appellant était une tache de sang sur ses sous-vêtements. Il a confirmé qu'il s'agissait des sous-vêtements qu'il portait au moment de l'introduction par effraction. Toutefois, il a dit qu'un jour ou deux après l'entrée dans la maison de M^{me} Johnson, il avait été impliqué dans une bagarre et avait reçu des coups au point d'avoir dû être hospitalisé deux jours avant son arrestation. De plus, il convient de souligner qu'il était impossible de déterminer le type de sang sur la tache ou même de déterminer s'il s'agissait de sang humain.

L'appellant et Snowbird ont été accusés de meurtre au premier degré. Snowbird a été déclaré coupable de ce crime et l'appellant a été acquitté.

Observations concernant les faits

Les faits de l'espèce sont extrêmement déprimants et sordides. Leur simple narration fait naître des sentiments de colère et de dégoût total. Ce sentiment de dégoût ne manquera pas de renforcer la tendance très naturelle d'associer étroitement l'appellant à l'auteur de ce crime particulièrement ignoble. Le résultat presque inévitable est de penser que l'appellant doit être coupable en raison de son association avec Snowbird. Néanmoins, les principes de droit pénal et d'équité exigent que la culpabilité ou l'innocence de Kirkness soit déterminée uniquement d'après la preuve qui l'implique dans le meurtre de la victime. La culpabilité ou l'innocence des personnes, qu'elles soient abjectes ou respectables, doit être déterminée sur le seul fondement de la preuve relative au crime dont elles sont accusées.

Il convient de rappeler que les douze membres du jury ont entendu toute la preuve et, pendant plusieurs jours, ont été plongés dans cette histoire de violence brutale et d'insensibilité cruelle. En fait, le substitut du procureur général les a félicités de l'attention qu'ils avaient accordée à tous les témoins pendant le procès. Ils ont écouté et, de toute évidence, évalué la déclaration longue et détaillée faite par Kirkness aux policiers. À la fin du procès, les jurés, en leur qualité de juges des faits, ont acquitté l'appellant. Ils sont parvenus à cette décision comme représentants de leur collectivité, portant sans doute en eux toute la sympathie naturelle de cette collectivité pour une dame âgée,

elderly lady brutally murdered in her own home. The verdict of the jury constitutes, in a very real way, the verdict of the community. Trial by jury in criminal cases is a process that functions exceedingly well and constitutes a fundamentally important aspect of our democratic society. It is not members of the judiciary, but rather the members of the jury, sitting as members of the community, who make the decision as to guilt or innocence which is so vitally important both to the individual accused and the community.

The jury in this case was obviously of the view that the evidence did not satisfy them beyond a reasonable doubt that the appellant was guilty of murder or manslaughter. It was uniquely and properly the function of the jury to reach such a conclusion based upon all the evidence which they heard. There is no suggestion that relevant evidence was improperly excluded or that irrelevant evidence was improperly admitted. It follows that only if there was a significant error made by the trial judge in the course of the charge should the jury's verdict of acquittal be set aside.

Decision of the Court of Appeal (1989), 61 Man. R. (2d) 167

The Court of Appeal set aside the verdict of acquittal and directed a new trial of the appellant on the charge of manslaughter. There were two bases for the decision expressed by Monnin C.J.M., writing for the Court.

First, he was of the opinion that the appellant was clearly a party to the sexual assault of the victim. He observed that the appellant was aware that a sexual assault was taking place in the bedroom. By placing the chair against the front door, he assisted Snowbird in carrying out that assault with impunity and he was therefore a party to the sexual assault. He further stated that in his opinion the sexual assault could not be isolated from the other incidents and that it ultimately "resulted in the suffocation death of the victim". He wrote at p. 171:

frêle et sans défense, brutalement assassinée dans sa propre maison. Le verdict du jury constitue, d'une manière très réelle, le verdict de la collectivité. Le procès par jury dans les affaires pénales est un processus qui fonctionne extrêmement bien et constitue un aspect fondamentalement important de notre société démocratique. Ce ne sont pas les juges mais plutôt les membres du jury, siégeant à titre de membres de la collectivité, qui tranchent la question de la culpabilité ou de l'innocence, une décision d'importance vitale pour l'accusé et la collectivité.

En l'espèce, les jurés étaient manifestement d'avis que la preuve ne les avait pas convaincus hors de tout doute raisonnable que l'appelant était coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable. C'était spécifiquement le rôle du jury d'arriver à une telle conclusion en se fondant sur l'ensemble de la preuve présentée. On ne prétend pas qu'un élément de preuve pertinent a été exclu à tort ou qu'un élément de preuve non pertinent a été admis à tort. Il en résulte que le verdict d'acquittal du jury ne peut être annulé que si une erreur importante a été commise par le juge du procès dans son exposé.

Arrêt de la Cour d'appel (1989), 61 Man. R. (2d) 167

La Cour d'appel du Manitoba a annulé le verdict d'acquittal et a ordonné la tenue d'un nouveau procès de l'appelant sur l'accusation d'homicide involontaire coupable. Le juge en chef Monnin, qui a rédigé l'opinion de la Cour, a fondé ses motifs sur deux éléments.

Premièrement, il était d'avis que l'appelant était clairement un participant à l'agression sexuelle de la victime. Il a fait observer que l'appelant savait qu'une agression sexuelle avait lieu dans la chambre à coucher. Parce qu'il a placé la chaise contre la porte d'entrée, il a aidé Snowbird à commettre impunément cette agression et, par conséquent, il a participé à l'agression sexuelle. Le juge Monnin a en outre dit que, à son avis, l'agression sexuelle ne pouvait être isolée des autres incidents et que finalement [TRADUCTION] «elle a entraîné le décès de la victime par étouffement». Voici ce qu'il dit, à la p. 171:

The totality of the events during the whole episode leads inevitably to the conclusion that what started out as a break and enter ended in the killing of this lady. It is an entire sequence which cannot be broken down into components or into a half-dozen separate and distinct incidents or separate and different crimes.

He stated that he was applying the reasoning of this Court set out in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618.

Secondly, the Court of Appeal concluded that the trial judge had removed from the jury the possibility of the verdict of manslaughter. Monnin C.J.M. expressed it in this way at p. 172:

In my view Scollin, J., erred in stating that if Kirkness "simply wandered around the place, stealing things and picking things out of fridges, or whatever he says he did, if you accept that is the story, then Kirkness is not responsible for any criminal act that is before you". Thus Scollin, J., withdrew from the jury the possibility of a verdict of manslaughter yet, under the circumstances of this case, manslaughter ought to have been seriously considered by the jury.

However, Monnin C.J.M. also noted that manslaughter was the only offence open to the jury because of the intoxicated state of the appellant. Therefore, he set aside the verdict of acquittal and ordered a new trial solely on the charge of manslaughter.

Can the "Single Transaction" Principle be Applied to a Charge of Manslaughter?

In my view the principle expressed in *R. v. Paré*, *supra*, is simply not applicable to this case. In *Paré*, this Court dealt with a killing which had taken place shortly after a sexual assault had been completed. Wilson J., writing for the Court, had to determine whether s. 214(5) of the *Criminal Code* applied and particularly what effect the words "while committing" had in such a situation. That section reads as follows:

[TRADUCTION] L'ensemble des événements au cours de toute cette affaire entraîne inévitablement la conclusion que ce qui a débuté par une introduction par effraction s'est terminé par le meurtre de cette dame. Il s'agit d'une séquence complète qui ne peut être fragmentée en composantes ou en une demi-douzaine d'incidents distincts et séparés ou de crimes séparés et différents.

Il a déclaré qu'il appliquait le raisonnement suivi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618.

Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable. Le juge en chef Monnin s'est exprimé ainsi, à la p. 172:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Scollin a commis une erreur lorsqu'il a dit que si Kirkness «s'est simplement promené dans la maison, en volant des objets et en se servant dans le réfrigérateur ou en faisant ce qu'il dit avoir fait; si vous acceptez que c'est ce qui s'est produit, alors Kirkness n'est responsable d'aucun acte criminel qui vous est présenté». Par conséquent, le juge Scollin a enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable alors que, dans les circonstances de cette affaire, le jury aurait dû sérieusement envisager la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable.

Toutefois, le juge en chef Monnin a également fait remarquer que l'homicide involontaire coupable était la seule infraction à laquelle pouvait conclure le jury en raison de l'état d'intoxication de l'appellant. Par conséquent, il a annulé le verdict d'acquiescement et a ordonné un nouveau procès uniquement sur l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Le principe de l'«affaire unique» peut-il s'appliquer à une accusation d'homicide involontaire coupable?

À mon avis, le principe exprimé dans l'arrêt *R. c. Paré*, précité, ne s'applique tout simplement pas en l'espèce. Dans l'arrêt *Paré*, notre Cour traitait d'un meurtre qui s'était produit peu après une agression sexuelle. Le juge Wilson, au nom de la Cour, devait déterminer si le par. 214(5) du *Code criminel* s'appliquait et particulièrement quel était l'effet de l'expression «en commettant» dans une telle situation. Voici le texte de cet article:

214. (1) Murder is first degree murder or second degree murder.

(5) Irrespective of whether a murder is planned and deliberate on the part of any person, murder is first degree murder in respect of a person when the death is caused by that person while committing or attempting to commit an offence under one of the following sections:

- (a) section 76.1 (hijacking an aircraft);
- (b) section 246.1 (sexual assault);
- (c) section 246.2 (sexual assault with a weapon, threats to a third party or causing bodily harm);
- (d) section 246.3 (aggravated sexual assault);
- (e) section 247 (kidnapping and forcible confinement); or
- (f) section 247.1 (hostage taking).

She concluded that the words “while committing” did not require an exact coincidence of the murder with the underlying offence, but did require a close temporal and causative link between the two. She specifically adopted the reasoning of Martin J.A. in *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (Ont. C.A.), where he stated at p. 541:

Thus, it appears clear that where death is caused after the underlying offence is complete and the act causing death is committed for the purpose of facilitating the flight of the offender, the murder is not under ss. 213 and 214(5)(b) first degree murder.

I do not wish, however, to be taken as holding that where the act causing death and the acts constituting the rape, attempted rape, indecent assault or an attempt to commit indecent assault, as the case may be, all form part of one continuous sequence of events forming a single transaction, that death would not be caused during the commission of the offence, even though the underlying offence in s. 213 in a sense could be said to be then complete.

Wilson J. went on to observe that the effect of the reasoning expressed in *Stevens* is to eliminate the need to draw artificial lines separating the commission and the aftermath of an indecent assault. As well, it would eliminate the arbitrariness inherent in an exactly simultaneous approach to the interpretation of the words “while committing”.

214. (1) Il existe deux catégories de meurtres: ceux du premier degré et ceux du deuxième degré.

(5) Indépendamment de toute préméditation, commet un meurtre au premier degré quiconque cause la mort d'une personne en commettant ou tentant de commettre une infraction prévue à l'un des articles suivants:

- a) article 76.1 (détournement d'aéronef);
- b) article 246.1 (agression sexuelle);
- c) article 246.2 (agression sexuelle armée, menaces à une tierce personne ou infraction de lésions corporelles);
- d) article 246.3 (agression sexuelle grave);
- e) article 247 (enlèvement et séquestration); ou
- f) article 247.1 (prise d'otage).

Elle a conclu que l'expression «en commettant» n'exigeait pas une simultanéité parfaite du meurtre et de l'infraction sous-jacente, mais exigeait l'existence d'un étroit lien temporel et causal entre les deux. Elle a adopté les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Stevens* (1984), 11 C.C.C. (3d) 518 (C.A. Ont.), où il disait à la p. 541:

[TRADUCTION] Il paraît donc évident que, dans un cas où la mort est causée après la perpétration de l'infraction sous-jacente et où l'acte qui cause la mort est accompli pour faciliter la fuite du délinquant, l'art. 213 et l'al. 214(5)b) ne s'appliquent pas de manière à en faire un meurtre au premier degré.

Je ne veux toutefois pas qu'on croie que je conclus que, lorsque l'acte causant la mort et les actes constituant le viol, la tentative de viol, l'attentat à la pudeur ou la tentative d'attentat à la pudeur, selon le cas, font tous partie d'une suite ininterrompue d'événements qui constituent une seule affaire, il ne s'agit pas à ce moment-là d'une mort causée pendant la perpétration de l'infraction, même si on peut dire que l'infraction sous-jacente visée par l'art. 213 était alors en quelque sorte complète.

Le juge Wilson a ensuite fait remarquer que le raisonnement adopté dans l'arrêt *Stevens* avait pour effet d'éliminer la nécessité d'établir des distinctions artificielles entre la perpétration et les suites d'un attentat à la pudeur et, en outre, d'éliminer tout l'arbitraire inhérent à la thèse de la simultanéité parfaite quant à l'interprétation de l'expression «en commettant.»

She explained her interpretation of the words "while committing" as comprising a single ongoing transaction based upon the continuing domination of the victim which inevitably occurs in cases of rape, attempted rape, indecent assault or an attempt to commit an indecent assault. She noted that the ensuing murder represented the ultimate exploitation of the position of power created by the underlying crime and thus made the entire course of conduct a "single transaction". She concluded that it was due to this continuing exploitation of power that, for policy reasons, Parliament had decided to classify murder which occurs "while committing" these acts as first degree murder.

I believe that the single transaction analysis should be limited to those cases of murder where by the provisions of s. 214(5) murder is classified as being in either the first or second degree. With respect, the Court of Appeal of Manitoba erred in using such an analysis for the purpose of directing a new trial on a charge of manslaughter. There is no classification of manslaughter contained in the *Criminal Code*. Whenever the death of one human being results from the unlawful act of another, it can constitute the crime of manslaughter. The charge can be applicable to a very broad range of circumstances, in almost all of which the consideration of the single transaction would not be applicable. In contrast, s. 214(5) represents a policy decision to classify murder in some specified situations as being of the first degree.

The decision in *Paré* reflects and clarifies that policy decision by concluding that where death ensues as part of a single ongoing transaction in the course of committing crimes involving domination, it will be considered to be first degree murder. The single transaction analysis utilized in *Paré* requires that the Crown first establish that the accused committed the underlying offence and that he or she also committed the murder. Similarly for party offences, the Crown must first establish that the accused was a party to both offences

Elle a expliqué que, suivant son interprétation, l'expression «en commettant» comprend une action unique dont la continuité est fondée sur la domination continue de la victime, domination qui se produit inévitablement dans les cas de viol, de tentative de viol, d'attentat à la pudeur ou de tentative d'attentat à la pudeur. Elle a fait remarquer que le meurtre qui a suivi représentait l'exploitation ultime de la position de force créée par l'infraction sous-jacente et faisait de l'ensemble des actes qui constituaient la conduite en question «une seule affaire». Elle a conclu que c'était en raison de cette exploitation continue de la force que, pour des raisons de principe, le législateur avait décidé d'assimiler le meurtre perpétré «en commettant» ces actes à un meurtre au premier degré.

J'estime que l'analyse fondée sur l'affaire unique devrait être limitée aux cas où, aux termes du par. 214(5), le meurtre est classé dans la catégorie des meurtres au premier ou au deuxième degré. Avec égard, la Cour d'appel du Manitoba a commis une erreur en utilisant une telle analyse aux fins d'ordonner un nouveau procès sur une accusation d'homicide involontaire coupable. Le *Code criminel* n'établit pas de catégories d'homicide involontaire coupable. Tout décès d'un être humain résultant de l'acte illégal d'autrui peut constituer un crime d'homicide involontaire coupable. L'accusation peut s'appliquer à une vaste gamme de circonstances dont la plupart ne donneraient pas lieu à l'examen du principe de l'affaire unique. Par opposition, le par. 214(5) représente la décision de principe de qualifier de meurtre au premier degré le meurtre commis dans certaines situations précises.

L'arrêt *Paré* traduit et clarifie cette décision de principe en concluant que, lorsque le décès survient dans le cadre d'une affaire unique continue, au cours de la perpétration de crimes supposant la domination, il sera considéré comme un meurtre au premier degré. L'analyse fondée sur l'affaire unique, utilisée dans l'arrêt *Paré*, exige que la poursuite démontre d'abord que l'accusé a commis l'infraction sous-jacente et qu'il a également commis le meurtre. De même en ce qui a trait aux infractions perpétrées à titre de participant, la

before s. 214(5) could be applied. It is only when this has been accomplished that the court may then consider whether the two offences were sufficiently closely connected in time to allow the murder to be classified as first degree. This approach cannot be utilized in the context of manslaughter because there is no classification of that offence contained in the *Code*. It follows that the *Paré* analysis should be restricted to the classification of murder.

Was it Possible for the Transaction Approach to be Taken in This Case?

In the case at bar, the trial judge did not charge the jury with regard to s. 214(5). Rather, he instructed them that they had two options. First, they could find that the death had occurred as part or as a result of the sexual assault. He stated that if this were their conclusion, it was open to them to find that both Snowbird and the appellant were guilty of murder or at least manslaughter. Alternatively, he told the jury that they could find that the death had occurred due to suffocation at the hands of Snowbird. However, in either case the murder could only be first degree if the jury was satisfied that there had been some degree of planning and deliberation.

It was on the basis of these instructions that Snowbird was convicted of first degree murder and the appellant was acquitted. The jury must thus have been satisfied beyond a reasonable doubt that the murder was planned and deliberate, since that was the only route left open to them upon which to find first degree murder. More importantly, the jury must have concluded that the death resulted from the subsequent act of suffocation, and not from the sexual assault. If they had concluded that death resulted from the sexual assault and that Kirkness was a party to it, they would have been compelled to find him guilty of murder or at least manslaughter in light of the directions given to them on this issue. Based on the verdict of the jury, Kirkness cannot therefore be deemed to be

poursuite doit d'abord établir que l'accusé était partie aux deux infractions avant que le par. 214(5) puisse s'appliquer. Ce n'est qu'après cela que le tribunal peut examiner la question de savoir si les deux infractions étaient suffisamment rapprochées dans le temps pour permettre que le meurtre soit qualifié de meurtre au premier degré. Cette méthode ne peut être utilisée dans le contexte de l'homicide involontaire coupable parce que le *Code* ne crée pas de catégories à l'égard de cette infraction. Il en découle que l'analyse utilisée dans l'arrêt *Paré* devrait se limiter à établir la catégorie de meurtre.

Pouvait-on en l'espèce adopter la méthode fondée sur l'affaire unique?

En l'espèce, le juge du procès n'a pas donné de directives aux jurés sur le par. 214(5). Au lieu de cela, il a indiqué qu'ils avaient deux choix. Premièrement, ils pouvaient conclure que le décès s'était produit dans le cadre de l'agression sexuelle ou par suite de celle-ci. Il leur a dit que s'ils parvenaient à cette conclusion, ils pouvaient conclure que Snowbird et l'appelant étaient coupables de meurtre ou, au moins, d'homicide involontaire coupable. Subsidièrement, il a dit aux jurés qu'ils pouvaient conclure que le décès résultait de l'étouffement causé par Snowbird. Toutefois, dans l'un ou l'autre cas le meurtre ne pouvait être un meurtre au premier degré que si le jury était convaincu qu'il y avait eu un certain degré de préméditation.

C'est sur le fondement de ces directives que Snowbird a été déclaré coupable de meurtre au premier degré et que l'appelant a été acquitté. Le jury devait donc être convaincu hors de tout doute raisonnable que le meurtre avait été prémédité étant donné que c'était le seul moyen pour eux de rendre un verdict de meurtre au premier degré. Plus important encore, le jury doit avoir conclu que le décès résultait de l'acte subséquent d'étouffement et non de l'agression sexuelle. Si le jury avait conclu que le décès avait résulté de l'agression sexuelle et que Kirkness avait participé à celle-ci, les jurés auraient été tenus de le déclarer coupable de meurtre ou au moins d'homicide involontaire coupable, compte tenu des directives qui leur avaient été données sur cette question. Sur le

part of a "single transaction" which resulted in the death of Mrs. Johnson.

Kirkness could only be implicated, pursuant to the provisions of s. 21 of the *Code*, as a party to the sexual assault. He was not the prime mover in the crime. He neither sexually assaulted, strangled nor suffocated the victim. In the case of an accused who aids or abets in the killing of another, the requisite intent that the aider or abettor must have in order to warrant a conviction for murder must be the same as that required of the person who actually does the killing. That is to say, the person aiding or abetting the crime must intend that death ensue or intend that he or the perpetrator cause bodily harm of a kind likely to result in death and be reckless whether death ensues or not. If the intent of the aiding party is insufficient to support a conviction for murder, then that party might still be convicted of manslaughter if the unlawful act which was aided or abetted is one he or she knows is likely to cause some harm short of death. Neither intent was demonstrated by the appellant in the present case. I would observe that the constitutional issue as to whether there is a minimal mind set or intention necessary for the crime of manslaughter was not raised in this appeal.

Nor can it be said that the appellant, who had formed an intent in common with Snowbird to carry out the unlawful purpose of breaking and entering, knew before entering that Snowbird would either commit a sexual assault or kill the victim. It will be recalled that in this case the only evidence against the appellant was that contained in his statement that he placed a chair against the front door knowing that a sexual assault was taking place in the bedroom. There is no indication that he knew that death or bodily harm short of death might result from the sexual assault. He did not enter into the bedroom. Indeed, it appears that the bedroom door was closed for some period of time so that he could not be aware of everything

fondement du verdict du jury, Kirkness ne peut donc pas être réputé avoir participé à une «affaire unique» qui a entraîné le décès de M^{me} Johnson.

a Kirkness ne pouvait être impliqué, aux termes des dispositions de l'art. 21 du *Code*, qu'à titre de participant à l'agression sexuelle. Il n'était pas l'auteur principal du crime. Il n'a ni agressé sexuellement ni étranglé ni étouffé la victime.

b Dans le cas d'un accusé qui aide ou encourage une personne à en tuer une autre, l'intention requise que celui-ci doit avoir pour être déclaré coupable de meurtre doit être la même que celle qui est exigée de la personne qui commet réellement le meurtre. Cela veut dire que celui qui aide ou qui encourage une personne à commettre le crime doit avoir l'intention que la mort s'ensuive ou avoir l'intention que l'auteur du crime ou lui-même

c cause des lésions corporelles de nature à causer la mort et qu'il lui soit indifférent que la mort s'ensuive ou non. Si l'intention de la partie qui aide est insuffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre, alors cette partie peut toujours

e être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si elle savait que l'acte illégal auquel elle a fourni de l'aide ou un encouragement était de nature à causer des blessures, mais non la mort. Aucune intention de ce genre n'a été démontrée en

f l'espèce en ce qui concerne l'appelant. Je souligne que la question constitutionnelle concernant le degré minimal de conscience ou d'intention nécessaire pour le crime d'homicide involontaire coupable n'est pas soulevée en l'espèce.

On ne peut dire non plus que l'appelant, qui a formé l'intention commune avec Snowbird de commettre l'acte illégal d'introduction par effraction,

h savait avant d'entrer que Snowbird commettrait une agression sexuelle ou tuerait la victime. Il convient de rappeler qu'en l'espèce, le seul élément de preuve contre l'appelant était sa déclaration selon laquelle, sachant qu'une agression sexuelle

i avait lieu dans la chambre à coucher, il avait placé une chaise contre la porte d'entrée. Rien n'indique qu'il savait que la mort ou des blessures risquant d'entraîner la mort pourraient résulter de l'agression sexuelle. Il n'est pas entré dans la chambre.

j En fait, il appert que la porte de la chambre avait été fermée pendant un certain temps et qu'il ne

that was taking place. Further, it is apparent from the verdict of the jury, which was obviously based upon the expert's testimony, that the bodily harm causing death resulted from suffocation. The strangulation and suffocation of the victim occurred after the sexual assault.

There is no evidence that the appellant was a party to the suffocation of Elizabeth Johnson. Rather, he told Snowbird not to strangle the victim as he was going to kill her. His statement makes it clear that he was not aiding or abetting Snowbird in the strangulation or suffocation of Mrs. Johnson. These words of the appellant constituted "timely notice" to Snowbird that he was, from that point on, acting on his own and that the appellant was not a party to the strangulation and suffocation. See *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683 (B.C.C.A.), quoted with approval in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680. Thus in those misdeeds Snowbird was acting on his own. It is therefore apparent that even if the appellant could be considered a party to the sexual assault, by the time of the attempted strangulation he had clearly resiled from any agreement or arrangement with Snowbird and was not a party to the suffocation of the victim.

The single transaction principle is simply not applicable on the facts of this case since there is no evidence linking the appellant to the suffocation. The evidence adduced provided a sound and reasonable basis for the jury's decision to acquit the appellant and there was no reason in law for the Court of Appeal to disturb that decision on that ground.

Did the Trial Judge Withdraw From the Jury the Possibility of a Verdict of Manslaughter?

The jury was, I believe, adequately instructed with regard to the possibility of convicting the appellant of manslaughter, although the charge in this case did not follow the usual pattern. The trial judge expressed the view that he did not wish to utilize what he referred to as the "boiler plate" in his instructions to the jury. Effective as that approach might be, it should be implemented carefully and with discretion. For example, in this case

pouvait donc pas être au courant de tout ce qui s'y produisait. En outre, il ressort du verdict du jury, qui était de toute évidence fondé sur le témoignage de l'expert, que les blessures qui ont entraîné le décès résultaient de l'étouffement. La strangulation et l'étouffement de la victime se sont produits après l'agression sexuelle.

Aucun élément de preuve n'indique que l'appellant a participé à l'étouffement d'Elizabeth Johnson. Au contraire, il a dit à Snowbird de ne pas étrangler la victime car il allait la tuer. Sa déclaration indique clairement qu'il n'encourageait Snowbird à étrangler ou étouffer M^{me} Johnson. Ces mots de l'appellant constituaient un «avis opportun» à Snowbird que, à partir de ce point, il agissait seul et que l'appellant n'était pas partie à la strangulation et à l'étouffement. Voir l'arrêt *R. v. Whitehouse*, [1941] 1 D.L.R. 683 (C.A.C.-B.), cité et approuvé dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680. Par conséquent, Snowbird agissait seul dans la perpétration de ces méfaits. Il en découle donc que, même si l'appellant pouvait être considéré comme partie à l'agression sexuelle, il s'était clairement retiré de toute entente ou de tout arrangement avec Snowbird, au moment de la tentative de strangulation, et qu'il n'était pas partie à l'étouffement de la victime.

Le principe de l'affaire unique ne s'applique tout simplement pas aux faits de l'espèce étant donné qu'aucun élément de preuve ne relie l'appellant à l'étouffement. Les éléments de preuve présentés fournissaient un fondement solide et raisonnable à la décision du jury d'acquitter l'appellant et aucun motif juridique ne permettait à la Cour d'appel de modifier cette décision sur ce fondement.

Le juge du procès a-t-il enlevé au jury la possibilité de rendre un verdict d'homicide involontaire coupable?

À mon avis, le jury a reçu des directives appropriées en ce qui concerne la possibilité de déclarer l'appellant coupable d'homicide involontaire coupable, bien que l'exposé en l'espèce ne respecte pas le modèle habituel. Le juge du procès a exprimé l'opinion qu'il ne voulait pas utiliser dans ses directives au jury ce qu'il a décrit comme l'exposé «standard». Si efficace que puisse être cette méthode, elle doit être appliquée avec soin et

only at the conclusion of his charge and after being reminded by counsel did the trial judge instruct the jury as to the fundamental principle of the presumption of innocence. While that omission could only have benefitted the Crown, it serves to demonstrate that at least some carefully prepared check must be followed to ensure that all the essential principles are clearly set forth and that all the pertinent issues are addressed in a charge to the jury.

To determine the adequacy of the charge on the issue of manslaughter, it is necessary to once more consider the evidence. Again the appellant could only be found guilty of either murder or manslaughter if he was found to be a party to the sexual assault. The sole evidence which implicated him in the sexual assault was contained in the portion of his statement in which he said that he had placed a chair against the front door of the house when he knew Snowbird was assaulting the victim in her bedroom. I would observe that this action could have been taken as much to prevent the apprehension of the two accused while they stole articles from the house as to facilitate the sexual assault by Snowbird. Nonetheless, it was evidence upon which the jury could have found the appellant to be a party to murder or manslaughter as a result of being a party to the sexual assault if that assault had resulted in the death of the victim.

However, there was no evidence that the appellant knew or had any reason to believe that death was likely to result from the sexual assault. Nor did the death result from the sexual assault. Rather, as stated above, the jury must have found that the death occurred due to strangulation. There was no evidence that the appellant was a party to Snowbird's strangulation and suffocation of Mrs. Johnson. Once again, the only evidence was that of his statement in which he denied any participation in those acts. The fact that he told Snowbird to stop when he saw him strangling the victim indicates that if the appellant ever had been a party to any offences, from that point on he had

circospection. Par exemple, en l'espèce, le juge du procès n'a donné des directives au jury sur le principe fondamental de la présomption d'innocence qu'à la conclusion de son exposé et après que l'avocat le lui eut rappelé. Bien que cette omission n'ait pu profiter qu'à la poursuite, elle sert à démontrer que, au moins, certains points de repère soigneusement préparés doivent être suivis pour assurer que tous les principes essentiels sont clairement exposés et que toutes les questions pertinentes sont examinées dans l'exposé au jury.

Pour décider si l'exposé sur la question de l'homicide involontaire coupable était adéquat, il faut examiner de nouveau la preuve. Là encore, l'appellant ne pouvait être déclaré coupable de meurtre ou d'homicide involontaire coupable que si l'on concluait qu'il était partie à l'agression sexuelle. Le seul élément de preuve qui l'impliquait dans l'agression sexuelle était contenu dans la partie de sa déclaration où il disait avoir placé une chaise contre la porte d'entrée de la maison alors qu'il savait que Snowbird agressait la victime dans sa chambre à coucher. Je tiens à souligner que cet acte aurait pu être considéré tout autant comme destiné à empêcher qu'on surprenne les deux accusés à voler des objets dans la maison que comme destiné à faciliter l'agression sexuelle commise par Snowbird. Néanmoins, il s'agissait d'un élément de preuve qui aurait pu permettre au jury de conclure que l'appellant avait participé au meurtre ou à l'homicide involontaire coupable par suite de sa participation à l'agression sexuelle si cette agression avait entraîné le décès de la victime.

Aucune preuve n'indique toutefois que l'appellant savait ou avait des raisons de croire que l'agression sexuelle était de nature à entraîner la mort. De plus, la mort n'a pas résulté de l'agression sexuelle. Comme je l'ai mentionné précédemment, le jury doit plutôt avoir conclu que le décès avait résulté de la strangulation. Aucune preuve n'indique que l'appellant a participé à la strangulation ou à l'étouffement de M^{me} Johnson par Snowbird. Encore une fois, le seul élément de preuve était sa déclaration dans laquelle il a nié avoir participé à ces actes. Le fait qu'il ait dit à Snowbird d'arrêter quand il l'a vu en train d'étrangler la victime indique que, si l'appellant avait jamais été

removed himself from any joint enterprise with Snowbird that involved the killing of Mrs. Johnson.

As for the charge to the jury, the evidence presented at the trial made it important that the trial judge give instructions to the jury as to the law pertaining to parties to offences. He also had to instruct the jury on the evidence implicating the appellant, which was his statement, and relate it to the applicable law. In my view the charge was adequate in these aspects. It is significant that neither at trial nor on appeal did the Crown take objection to the directions given as to the law pertaining to parties or the references to the evidence that was applicable to that issue. The trial judge stated:

Now, reference has been made to a section of the Code by Mr. Preston which I will deal with in a few moments, dealing with common intention and dealing with aiding and so on. You may but you are not obliged to accept Kirkness's version given to the police. You may consider that it has got a reasonable ring of truth to it; it was given voluntarily, without a lawyer being there; it fits a lot of the facts that are known: but you are not bound to accept it.

The offence here is the sexual assault and the murder. The one that is charged here is the murder. If each of them knew or ought to have known that the commission of the offence of murder would be a probable consequence of carrying out the common purpose, each of them is a full party to the offence.

I am not suggesting that this is a proper case for that. It is up to you to determine what the state of mind was when the assistance was given. Was the assistance by way of blocking the front door? Was that given, for example, in order to enable the sexual act to continue? If it was, then it only makes Kirkness a party if the result or the likely result was known or was within his contemplation, and that is that the sexual assault would result or was likely to result in death. If that was not the case, then the aiding, by placing that chair—if that is what you find it was—is related to the sexual assault and not to the murder. [Emphasis in original.]

The trial judge thus properly instructed the jury as to the law pertaining to parties and the provisions of s. 21.

partie à des infractions, il s'était retiré à ce moment-là de tout acte conjoint avec Snowbird qui comportait le meurtre de M^{me} Johnson.

Pour ce qui est de l'exposé au jury, il était important, vu la preuve présentée au procès que le juge du procès donne des directives sur le droit relatif aux participants aux infractions. Il devait également donner des directives au jury sur la preuve impliquant l'appelant, c'est-à-dire sa déclaration, et la rattacher au droit applicable. À mon avis, l'exposé était adéquat sur ces points. Il est révélateur que, ni au procès ni en appel, la poursuite ne s'est opposée aux directives sur le droit relatif aux participants aux infractions ou sur les renvois à la preuve pertinente à cette question. Le juge du procès a dit:

[TRANSDUCTION] Maintenant, M. Preston a mentionné un article du Code dont je traiterai dans quelques instants, qui porte sur l'intention commune et sur le fait d'aider etc. Vous pouvez accepter la version que Kirkness a donnée aux policiers mais vous n'êtes pas tenus de le faire. Vous pouvez considérer qu'il s'en dégage une impression raisonnable de vérité; elle a été donnée volontairement, sans la présence d'un avocat; elle s'inscrit très bien dans les faits qui sont connus: mais vous n'êtes pas tenus de l'accepter.

L'infraction en l'espèce est l'agression sexuelle et le meurtre. L'accusation vise le meurtre. Si chacun d'eux savait ou aurait dû savoir que la perpétration de l'infraction de meurtre serait une conséquence probable de la réalisation de la fin commune, chacun d'eux serait participant à part entière à l'infraction.

Je ne dis pas qu'il s'agit ici d'un tel cas. C'est à vous de déterminer quel était l'état d'esprit au moment où l'aide a été fournie. Le fait de bloquer la porte d'entrée constituait-il de l'aide? Par exemple, cette aide a-t-elle été apportée pour permettre de continuer l'acte sexuel? Si c'était le cas, alors Kirkness n'est une partie que si le résultat ou le résultat probable était connu ou s'il pouvait le prévoir, le résultat étant que l'agression sexuelle entraînerait ou était de nature à entraîner le décès. Si ce n'était pas le cas, alors l'aide, par le fait de placer cette chaise—si vous décidez que c'est ce dont il s'agissait—se rapporte à l'agression sexuelle et non au meurtre. [Souligné dans l'original]

Par conséquent, le juge du procès a donné au jury des directives appropriées en ce qui concerne le droit relatif aux participants aux infractions et les dispositions de l'art. 21.

Turning specifically to the instructions on manslaughter, the trial judge read to the jury the provisions of s. 212(a)(i) and (ii). He stated:

For convenience, I will call that second element life-threatening harm.

This requirement, set out in Section 212, constitutes the intent necessary to make culpable homicide murder. Unless the person who does the fatal act has that intent, that is, either means to cause the death or means to cause harm of that sort I have described to you and does not care whether death ensues or not, unless the person has that intent in doing the act, the act may be unlawful, death may ensue but the act will not be murder, it will be manslaughter. [Emphasis added.]

This was the first reference to manslaughter and no fault could be found with it. The trial judge then went on to define murder as first degree “when it is planned and deliberate”, and gave proper definitions of the words “planned” and “deliberate”.

Later he referred to manslaughter again in these words:

In the case of each accused, you may, of course, acquit the accused entirely and the fact that there was a break and enter and sexual assault, if one of the accused did not participate in it, then you would acquit him. You might find, if you found he participated in the unlawful act but without the necessary intent and without the planning and deliberation, and you then convict him of manslaughter. If an accused, one of the accused—applied to each separately—intentionally killed the woman, then second degree murder. If, in addition to intentionally killing the woman, he had planned and deliberated the method, the mode in carrying out the killing, then you convict of first degree murder. You have got these separate, alternative verdicts in respect of each of the two accused. [Emphasis added.]

In response to a question from the jury, the trial judge once again gave proper directions in reasonable detail with regard to s. 21. He stated:

Si l'on examine spécifiquement les directives sur l'homicide involontaire coupable, le juge du procès a lu au jury les dispositions des sous-al. 212a)(i) et (ii). Il a dit:

^a [TRADUCTION] Par souci de commodité, j'appellerai ce deuxième élément les blessures qui mettent la vie en danger.

^b Cette exigence, énoncée à l'article 212, constitue l'intention nécessaire pour faire de l'homicide coupable un meurtre. À moins que l'auteur de l'acte fatal n'ait cette intention, c'est-à-dire, qu'il veuille causer la mort ou qu'il veuille causer des blessures du genre de celles que je vous ai décrites et qu'il lui soit indifférent que la mort s'ensuive ou non, à moins que la personne n'ait cette ^c intention en accomplissant l'acte, l'acte peut être illégal, la mort peut s'ensuivre mais l'acte ne sera pas un meurtre, il s'agira d'un homicide involontaire coupable. [Je souligne.]

^d Il s'agissait de la première mention de l'homicide involontaire coupable et le juge n'a commis aucune faute à cet égard. Le juge du procès a ensuite défini le meurtre au premier degré comme le ^e «meurtre commis avec préméditation et de propos délibéré» et a convenablement défini «avec préméditation» et «de propos délibéré».

Par la suite, il a de nouveau mentionné l'homicide involontaire coupable de la manière suivante:

^f [TRADUCTION] Dans le cas de chaque accusé, vous pouvez bien sûr acquitter entièrement l'accusé et le fait qu'il y a eu une introduction par effraction et une agression sexuelle, si l'un des accusés n'y a pas participé, alors vous l'acquitterez. Vous pourriez conclure qu'il a ^g participé à l'acte illégal mais sans avoir eu l'intention nécessaire ni la préméditation et, dans ce cas, vous le déclarerez coupable d'homicide involontaire coupable. Si un accusé, l'un des accusés—en l'appliquant à chacun ^h d'eux de manière distincte—a intentionnellement tué la femme, alors il s'agit d'un meurtre au deuxième degré. Si, en plus du meurtre intentionnel de la femme, il a planifié le moyen utilisé pour commettre le meurtre et y a réfléchi, alors vous devez le déclarer coupable de ⁱ meurtre au premier degré. Vous avez ce choix de verdicts distincts à l'égard de chacun des deux accusés. [Je souligne.]

^j En réponse à une question du jury, le juge du procès a de nouveau donné des directives appropriées et raisonnablement détaillées sur l'art. 21. Il a dit:

Now, you will have to determine what the cause of death was here. Did that bodily harm addressed to the old lady during the sexual assault kill her? Did she die because of that bodily harm? Did she die then, because of it, or did she die because of a bag over her head, by way of suffocation, or did she die of fright? You will have to determine the cause of death, but the question you then have to face is, all right, that makes him a party to sexual assault, if he did that for that purpose. Now, having become a party to it by doing that, look at this other section. Did that become a common intention with Snowbird? By joining in and doing that for that purpose, was an implied or implicit common intention then formed by these two to help each other in the carrying out of the sexual assault? Was that the net result of it? Was that the result in reality? You will have to ask yourself that. If it was, then the consequence is:

“Where two or more persons form an intention in common . . .”

and it needn't be by written agreement, it can be by conduct,

“ . . . to carry out an unlawful purpose . . .”

and here the unlawful purpose, in that situation, is the sexual assault by Snowbird. If they form this intention in common to carry out this unlawful purpose,

“ . . . and to assist each other . . .”

is that also implicit and you draw that conclusion,

“ . . . therein and any one of them, in carrying out the common purpose . . .”

of sexual assault,

“ . . . commits an offence . . .”

Now, this would be if death resulted from the sexual assault.

“ . . . commits an offence . . .”

or whatever it would be, murder, first degree; murder, second degree; or manslaughter. If the death occurs right and directly because of that sexual assault, ought Kirkness to have known, in those circumstances, that that killing, whether it be murder one, murder two or manslaughter, would be a probable consequence of the sexual assault? If he knew that and became a party to the offence by blocking the door, then he becomes a party to the offence that is, in fact, committed, if you conclude it is committed.

[TRADUCTION] Alors vous devrez déterminer qu'elle était en l'espèce la cause du décès. La vieille dame est-elle morte des suites des lésions corporelles subies au cours de l'agression sexuelle? Est-elle décédée par suite de ces lésions corporelles? Alors est-elle décédée, en raison de celles-ci ou est-elle décédée par étouffement parce qu'un sac a été placé sur sa tête, ou est-elle morte de peur? Vous aurez à déterminer la cause du décès, mais la question à laquelle vous devrez répondre est, bien sûr, de savoir s'il a participé à l'agression sexuelle, s'il a agi dans un tel but. Maintenant, s'il est devenu un participant par son acte, examinez cet autre article. Est-ce devenu une intention commune avec Snowbird? En participant à cet acte et en le commettant dans ce but, ces deux personnes avaient-elles une intention commune de s'aider mutuellement dans la perpétration de l'agression sexuelle? Était-ce le résultat final de cet acte? Était-ce le résultat réel? Vous devrez vous poser cette question. Si c'est le cas alors la conséquence est la suivante:

«Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet . . .»

et il n'est pas nécessaire qu'il y ait un accord écrit, cela peut être fait par la conduite,

« . . . de poursuivre une fin illégale . . .»

et en l'espèce la fin illégale, dans cette situation, est l'agression sexuelle commise par Snowbird. S'ils forment ensemble le projet de poursuivre cette fin illégale,

« . . . et de s'y entraider . . .»

Est-ce également implicite?—vous tirez cette conclusion,

« . . . et que l'une d'entre elles . . . en réalisant cette fin commune . . .»

d'agression sexuelle,

« . . . commet une infraction . . .»

Maintenant, cela serait le cas si le décès résultait de l'agression sexuelle.

« . . . commet une infraction . . .»

ou quoi que ce soit, meurtre au premier degré; au deuxième degré; ou homicide involontaire coupable. Si la mort résulte directement de cette agression sexuelle, Kirkness aurait-il dû savoir, dans ces circonstances, que cet acte, qu'il s'agisse du meurtre au premier ou deuxième degré ou d'homicide involontaire coupable, serait une conséquence probable de l'agression sexuelle? S'il le savait et est devenu partie à l'infraction en bloquant la porte, alors il est devenu partie à l'infraction qui a, en fait, été commise, si vous concluez qu'elle a été commise.

I have, of necessity, set out at some length the references in the charge to a possible finding that Kirkness was guilty of manslaughter. The charge, taken as a whole and including these references, constitutes an adequate instruction to the jury as to the basis upon which they could reach a verdict of manslaughter. On the facts, a verdict of manslaughter was only open to the jury if the appellant was found to be a party to the sexual assault and the death was found to be a result of the sexual assault. Certainly the possibility of reaching such a verdict was not withdrawn from the jury. The Court of Appeal erred in holding the contrary.

Disposition

In the result, I would allow the appeal and restore the acquittal.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice Cory and I agree with him that the single transaction principle, a principle which is embodied in s. 214(5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 231(5)) and which was explained in the decision of this Court in *R. v. Paré*, [1987] 2 S.C.R. 618, has no application in the present context. I disagree with him, however, that this determines the outcome of this appeal. The question for the Court is whether, in light of the evidence, the trial judge properly instructed the jury regarding Kirkness' liability as a party to the homicide of Elizabeth Johnson. That issue is to be decided on the basis of the application of s. 21 of the *Criminal Code*. In my view the Manitoba Court of Appeal was correct in holding that the trial judge failed to clearly and properly instruct the jury on the very complex issue of party liability. The result must therefore be a new trial for the accused.

1. Party Liability

At the conclusion of the trial Scollin J. refused to deliver what is known as a "boiler plate" charge to the jury. It has been noted by my colleague that

J'ai dû citer assez longuement les mentions faites dans l'exposé de la conclusion possible que Kirkness était coupable d'homicide involontaire coupable. L'exposé, dans son ensemble, avec ces mentions, donne des directives adéquates au jury quant à ce qui pouvait servir de fondement à un verdict d'homicide involontaire coupable. D'après les faits, le jury ne pouvait arriver à un verdict d'homicide involontaire coupable que s'il concluait que l'appelant avait participé à l'agression sexuelle et que la mort résultait de celle-ci. La possibilité d'arriver à un tel verdict n'a certainement pas été enlevée au jury. La Cour d'appel a commis une erreur en arrivant à une conclusion contraire.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittalment.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge Cory et je conviens avec lui que le principe de l'affaire unique, un principe exprimé au par. 214(5) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 231(5)), et expliqué dans l'arrêt de notre Cour *R. c. Paré*, [1987] 2 R.C.S. 618, ne s'applique pas en l'espèce. Toutefois, je ne puis convenir avec lui que cette situation détermine le résultat du présent pourvoi. La question qui est posée à la Cour est de savoir si, compte tenu de la preuve, le juge du procès a donné des directives appropriées au jury en ce qui concerne la responsabilité de Kirkness comme participant à l'homicide d'Elizabeth Johnson. Cette question doit être tranchée conformément à l'art. 21 du *Code criminel*. À mon avis, la Cour d'appel du Manitoba a conclu, à bon droit, que le juge du procès n'avait pas donné des directives claires et appropriées au jury sur la question complexe de la responsabilité des parties à une infraction. Il doit donc en résulter un nouveau procès pour l'accusé.

1. Responsabilité des participants à une infraction

À la fin du procès, le juge Scollin a refusé de prononcer ce qu'on appelle un exposé «standard». Mon collègue a souligné que, bien que cette prati-

while this practice is not inherently wrong, trial judges must exercise great caution in delivering such charges. When a jury untrained in the law is called upon to deal with extremely complicated legal rules, I would consider it his or her duty to set out the law in the most detailed and coherent way possible. The rules respecting the liability of parties to an offence are notoriously complex. I propose therefore to set out those rules and deal with their application to the facts of this particular case.

The concept of liability for those who assist in the commission of crime has long been part of our criminal law. This concept springs from the notion that those who assist others to commit crimes are fully as blameworthy as the actual perpetrators.

At common law a complex body of rules evolved in order to determine criminal complicity. Participants in crime were classified according to the time at which they participated and whether they were present at the commission of the crime by the principal offender. The categories which developed included accessories before the fact, accessories after the fact, principals in the first degree and principals in the second degree.

A related doctrine of accessorial liability also developed called the doctrine of common purpose. The doctrine applied to those situations where the principal offender, having been assisted in some way by a party to commit an agreed upon offence, went beyond the terms of the agreement and committed some other offence. With certain limitations, accessories and principals in the second degree were considered to be in the eyes of the law equally responsible for the crime that was eventually committed.

These common law rules are now codified, with some modification, in various sections of the *Criminal Code*. Specifically, section 21 of the *Code* provides:

- 21.** (1) Every one is a party to an offence who
(a) actually commits it;

que ne soit pas mauvaise en soi, les juges du procès doivent l'utiliser avec beaucoup de prudence. Lorsqu'un jury dépourvu de formation en droit doit traiter de règles juridiques extrêmement compliquées, je suis d'avis que le juge doit énoncer le droit de la manière la plus détaillée et la plus cohérente possible. Les règles concernant la responsabilité des participants à une infraction sont notoirement complexes. Par conséquent, je me propose d'énoncer ces règles et de traiter de leur application aux faits de l'espèce.

La notion de responsabilité de ceux qui aident à la perpétration d'un crime fait partie depuis longtemps de notre droit pénal. Cette notion découle de l'idée selon laquelle ceux qui aident d'autres personnes à commettre des crimes sont autant à blâmer que les auteurs réels des crimes.

Il s'est construit en common law un ensemble complexe de règles destinées à définir la complicité criminelle. Les participants à un crime ont été classés selon le moment de leur participation et leur présence ou leur absence au moment de la perpétration du crime par son auteur principal. Les catégories qui ont été élaborées comprenaient la complicité avant le fait, la complicité après le fait, les auteurs au premier degré et les auteurs au deuxième degré.

S'est développée également la théorie connexe de la responsabilité des complices que l'on a appelée la doctrine de la fin commune. La doctrine s'appliquait aux situations où l'auteur principal de l'infraction, ayant été aidé de quelque manière par une autre personne dans la perpétration d'une infraction convenue, avait dépassé les termes de l'entente et avait commis une autre infraction. Avec certaines restrictions, les complices et les auteurs principaux au deuxième degré ont été considérés aux yeux de la loi également responsables du crime qui avait été commis par la suite.

Ces règles de common law sont maintenant codifiées, avec quelques modifications, dans divers articles du *Code criminel*. Plus précisément, l'art. 21 du *Code* prévoit:

- 21.** (1) Participant à une infraction:
a) quiconque la commet réellement;

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

(c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

Before turning to the elements of liability under s. 21(1) and (2), I think it would be helpful to add a few comments on the intricacies of party liability in the murder context.

2. Murder and Party Liability

At common law an accessory could only be guilty of the same offence as that committed by the principal. That view has now been modified so that a party may be found guilty of either a more serious offence than the principal's or a less serious offence. Particularly with respect to the latter, this change in the common law is a welcome one.

In keeping with this spirit of reform several courts have held that it is possible to find a party liable of the lesser included offence of manslaughter where the principal has committed an act of murder: see *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160 (Man. C.A.); *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462 (B.C.C.A.), and *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189. Other common law jurisdictions have adopted the same approach: see *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170 (C.C.A.).

This approach makes excellent sense. For party liability to obtain the accessory must also possess the requisite degree of subjective foresight before he or she may be found criminally responsible. The different degrees of mental awareness that a party must possess in the homicide context were described by Twaddle J.A. in *Kent, supra*, at pp. 167-68:

b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;

c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

Je suis d'avis que, avant d'examiner les éléments de la responsabilité aux termes des par. 21(1) et (2), il serait utile d'ajouter quelques remarques sur les complexités de la responsabilité des participants dans le contexte du meurtre.

2. Le meurtre et la responsabilité des participants

En common law, le complice ne pouvait être coupable que de la même infraction que l'auteur principal. Ce point de vue a changé de sorte que maintenant un participant peut être déclaré coupable d'une infraction plus grave que celle de l'auteur principal ou d'une infraction moins grave. En ce qui a trait particulièrement au deuxième cas, cette modification de la common law est la bienvenue.

Conformément à cet esprit de réforme, plusieurs tribunaux ont conclu qu'il était possible de déclarer un participant responsable d'une infraction moindre et comprise d'homicide involontaire coupable lorsque l'auteur principal avait commis un meurtre: voir *R. v. Kent, Sinclair and Gode* (1986), 40 Man. R. (2d) 160 (C.A. Man.); *R. v. Hartford and Frigon* (1979), 51 C.C.C. (2d) 462 (C.A.C.-B.), et *R. v. Trudeau and Toulouse* (1985), 12 O.A.C. 189. D'autres juridictions de common law ont adopté la même position: voir *Murray v. The Queen*, [1962] Tas. S.R. 170 (C.C.A.).

Cette position est très bien fondée. Pour pouvoir être responsable à titre de participant, le complice doit également avoir le degré requis de prévision subjective. Les différents degrés de conscience que doit avoir une partie dans le contexte de l'homicide ont été décrits par le juge Twaddle dans l'arrêt *Kent*, précité, aux pp. 167 et 168:

In the case of one who aids or abets the commission of a murder, the intent necessary for a conviction of murder is the same as that required of the person who actually does the act causing death. The person aiding or abetting the commission of the crime must intend that death ensue or that bodily harm of a kind likely to cause death be caused, he being reckless whether death ensues or not. If the intent of the aider or abettor is insufficient to support a conviction for murder, he still might be convicted of manslaughter if the unlawful act he aids or abets is one he knows likely will cause some harm short of death.

I conclude that in the murder context it is open to a jury to find an accused guilty of the lesser included offence of manslaughter where he or she aided or abetted a principal who is found guilty of murder. When dealing with crimes of personal violence the *mens rea* for manslaughter will often be present in a party who has assisted. Thus, the possibility of convicting an accessory for manslaughter as opposed to murder must be included in the Court's analysis in this case.

3. Aiding and Abetting

As with any other criminal offence an accused may not be held criminally responsible unless the essential elements of the offence have been proved by the Crown. In the context of party liability these elements take a somewhat different form from the form they take in the case of principal offenders. The reason for this is that the acts and intent of a party must be examined in relation to the acts and intent of the principal.

The leading case on the elements of s. 21(1) is the decision of this Court in *Dunlop and Sylvester v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 881. In that case two accused had been charged with the rape of a teenage woman. They had been present at a party held by a motorcycle club of which they were members when a gang rape took place. The victim testified that the two accused had intercourse with

[TRADUCTION] Dans le cas de celui qui aide ou qui encourage un autre à la perpétration d'un meurtre, l'intention nécessaire pour une déclaration de culpabilité de meurtre est la même que celle qui est exigée à l'égard de celui qui a réellement commis l'acte qui a entraîné la mort. La personne qui aide ou qui encourage quelqu'un à la perpétration du crime doit avoir l'intention que la mort s'ensuive ou que des lésions corporelles de nature à entraîner la mort soient causées sans se soucier que la mort en résulte ou non. Si l'intention de la personne qui aide ou qui encourage est insuffisante pour appuyer une déclaration de culpabilité de meurtre, elle peut toujours être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si elle sait que l'acte illégal qu'elle aide ou encourage à commettre causera vraisemblablement des blessures, mais non la mort.

Je conclus que, dans le contexte du meurtre, le jury peut déclarer un accusé coupable de l'infraction moindre et comprise d'homicide involontaire coupable lorsqu'il a aidé ou encouragé la personne qui est déclarée coupable de meurtre. Lorsqu'on traite de crimes de violence contre la personne, la personne qui a aidé à la perpétration du crime aura souvent la *mens rea* d'homicide involontaire coupable. Par conséquent, la possibilité de déclarer un complice coupable d'homicide involontaire coupable par opposition au meurtre doit être comprise dans l'analyse de notre Cour en l'espèce.

f 3. Aide et encouragement

Comme pour toute autre infraction criminelle, un accusé ne peut être déclaré criminellement responsable à moins que les éléments essentiels de l'infraction n'aient été démontrés par la poursuite. Dans le contexte de la responsabilité à titre de participant, ces éléments prennent une forme un peu différente de la forme qu'ils présentent dans le cas des auteurs principaux. La raison en est que les actes et l'intention d'un participant doivent être examinés par rapport aux actes et à l'intention de l'auteur principal.

L'arrêt qui fait autorité sur les éléments du par. 21(1) est l'arrêt de notre Cour *Dunlop et Sylvester c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 881. Dans cette affaire, deux inculpés avaient été accusés du viol d'une adolescente. Ils étaient présents à une fête tenue par un club de motards dont ils étaient membres, lorsqu'un viol collectif a eu lieu. La victime avait dit dans son témoignage que les deux

her against her will, an accusation which both accused denied. The trial judge charged the jury on the application of subss. (1) and (2) of s. 21.

Dickson J. (as he then was) held that there was no evidence that either Dunlop or Sylvester had any prior knowledge of the planned rape. In his view, it was entirely inappropriate for the trial judge to have charged the jury on s. 21(2). The issue, rather, was whether the accused had aided and abetted the rape within the meaning of s. 21(1). He dealt with the requirements of s. 21(1) as follows at p. 896:

In the case at bar I have great difficulty in finding any evidence of anything more than mere presence and passive acquiescence. Presence at the commission of an offence can be evidence of aiding and abetting if accompanied by other factors, such as prior knowledge of the principal offender's intention to commit the offence or attendance for the purpose of encouragement. There was no evidence that while the crime was being committed either of the accused rendered aid, assistance or encouragement to the rape of Brenda Ross. There was no evidence of any positive act or omission to facilitate the unlawful purpose.

Distinguishing between acts amounting to "mere acquiescence" and acts amounting to "encouragement" is often difficult. Indeed, in *Dunlop and Sylvester* judicial opinion as to whether the accused had in fact encouraged the commission of the rape was deeply divided. The four judges constituting the majority found that the evidence did not support a finding that the accused had abetted the rape. Two members of the Court refrained from expressing an opinion on the matter. Martland J.'s dissent, in which Ritchie and Pigeon JJ. concurred, turned on his view that the sufficiency of the evidence going to the s. 21(1) issue was purely for the jury.

A reference to other circumstances in which courts and juries have had to confront this difficult determination may be useful. For instance, in *R. v.*

accusés avaient eu des rapports sexuels avec elle contre sa volonté, une accusation niée par les deux. Le juge du procès avait donné des directives au jury sur l'application des paragraphes (1) et (2) de l'art. 21.

Le juge Dickson (tel était alors son titre) a conclu qu'aucune preuve n'indiquait que Dunlop ou Sylvester avaient eu préalablement connaissance du projet de viol. À son avis, il était entièrement inopportun de la part du juge du procès d'avoir donné des directives au jury au sujet du par. 21(2). La question était plutôt de savoir si les accusés avaient aidé et encouragé la perpétration du viol au sens du par. 21(1). Il a traité des exigences du par. 21(1) de la manière suivante à la p. 896:

Dans la présente affaire, j'ai beaucoup de difficulté à déceler une preuve de quelque chose de plus que la simple présence et l'acquiescement passif. La présence au moment de la perpétration d'une infraction peut constituer une preuve d'aide et d'encouragement si elle est accompagnée d'autres facteurs, comme la connaissance préalable de l'intention de l'auteur de perpétrer l'infraction ou si elle a pour but l'incitation. Il n'y a aucune preuve qu'au cours de la perpétration de l'acte criminel, l'un ou l'autre des accusés ait fourni une aide, une assistance ou une incitation au viol de Brenda Ross. Il n'y a aucune preuve de quelque acte positif ou omission pour faciliter le dessein illicite.

Il est souvent difficile d'établir une distinction entre les actes qui équivalent à un «simple acquiescement» et les actes qui équivalent à une «incitation». En fait, dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*, il y avait une grande divergence d'opinions sur la question de savoir si les accusés avaient en réalité incité d'autres personnes à commettre le viol. Les quatre juges de la majorité ont conclu que la preuve n'appuyait pas la conclusion que les accusés avaient incité au viol. Deux membres de la Cour se sont abstenus d'exprimer une opinion sur la question. La dissidence du juge Martland, appuyée par les juges Ritchie et Pigeon, tenait à ce que, selon lui, il appartenait entièrement au jury de déterminer si la preuve relative au par. 21(1) était suffisante.

Il peut être utile de mentionner d'autres circonstances dans lesquelles des tribunaux et des jurys ont eu à faire ce choix difficile. Par exemple, dans

Cunningham (1937), 68 C.C.C. 176 (Ont. C.A.), the accused was convicted as a party to the offence of keeping a disorderly house. The house was being operated as a gambling establishment and the accused acted as a "lookout". The Ontario Court of Appeal held that the stationing of the accused at the entrance to the house served not only the purpose of alerting the keepers to the coming of the police so that they might avoid apprehension, but also the purpose of alerting the keepers early enough that they might destroy or conceal evidence indicating the sort of activity in which the occupants of the house were engaged. Given these functions the amount of participation in the crime by the lookout satisfied the requirements for aiding or abetting. See also *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352 (C.A.).

An absence of affirmative participation in the criminal activity of others (not dissimilar to that in the present case) was held to be sufficient in *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251: In that case the accused had laughed and shouted at the victim who was being indecently assaulted by a group of men. The British Columbia Court of Appeal held that Black had aided and abetted the offence because his "mere" presence in fact prevented any realistic possibility of the victim's escape, thus permitting the continuation of the offences being committed against him.

In *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169 (Ont. C.A.), the accused was convicted at trial as a party to a gang rape. The accused along with four of his companions drove their female passenger to a remote place, dragged her into a corn field and took turns raping her. Cosgrove claimed that he remained asleep in the car while the assault took place. The trial judge left the jury with the impression that Cosgrove was under a duty to prevent the offence which he knew was being committed. The Court of Appeal overturned the conviction and ordered a new trial on the basis that the trial judge's charge to the jury was erroneous and misleading on this point.

l'arrêt *R. v. Cunningham* (1937), 68 C.C.C. 176 (C.A. Ont.), l'accusé a été déclaré coupable à titre de partie à l'infraction de tenue d'une maison de désordre. La maison servait d'établissement de jeu et l'accusé agissait à titre de «guetteur». La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le poste de l'accusé à l'entrée de la maison servait non seulement à avertir les tenanciers de l'arrivée des policiers de manière qu'ils puissent éviter d'être arrêtés, mais également à avertir les tenanciers pour leur donner suffisamment de temps pour détruire ou cacher des éléments de preuve du genre d'activités exercées par les occupants de la maison. Compte tenu de ces fonctions, la participation au crime par le guetteur satisfaisait aux critères de l'aide ou de l'encouragement. Voir également *R. v. Lloyd* (1890), 19 O.R. 352 (C.A.).

^d Dans l'arrêt *R. v. Black*, [1970] 4 C.C.C. 251, on a jugé que l'absence de participation active à l'activité criminelle d'autres personnes (peu différente de celle de l'espèce) était suffisante. Dans cette affaire, l'accusé avait ri et crié à la tête de la victime d'un attentat à la pudeur commis par un groupe d'hommes. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé que Black avait aidé et encouragé la perpétration de l'infraction parce que sa «simple» présence réduisait en fait toute possibilité réelle de fuite de la victime et avait ainsi permis que se poursuivent les infractions contre elle.

^g Dans l'arrêt *R. v. Cosgrove* (1975), 29 C.C.C. (2d) 169 (C.A. Ont.), l'accusé avait été déclaré coupable au procès d'avoir participé à un viol collectif. L'accusé et quatre de ses compagnons avaient conduit leur passagère à un endroit retiré, l'avaient traînée dans un champ de maïs et l'avaient violée à tour de rôle. Cosgrove avait prétendu être resté endormi dans la voiture pendant que l'agression avait lieu. Le juge du procès avait laissé au jury l'impression que Cosgrove était tenu d'empêcher la perpétration de l'infraction dont il avait connaissance. La Cour d'appel a infirmé la déclaration de culpabilité et a ordonné un nouveau procès sur le motif que l'exposé du juge du procès au jury était erroné et trompeur sur ce point.

Similarly in *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344, the Courts-Martial Appeal Court acquitted the accused who had been present at the gang rape of a young woman in an army barracks. Aware that the rape was taking place, the accused along with several others piled into the room where the assault occurred and watched the attack. As there was no evidence that the accused had committed any physical act or encouraged the rape by their words, there was no foundation upon which to ground liability.

Perhaps the most troubling case on this issue to date is the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145, in which the accused was held to have no criminal responsibility in a gang rape at which he was present. The accused had stood by and witnessed the rape take place with his pants down. *Salajko* has been the subject of some criticism in this Court. In *Dunlop and Sylvester*, *supra*, Dickson J. commented at p. 894 that: "One might be forgiven for thinking that it was open to the jury to infer encouragement by conduct." I agree with the statement of Professor Stuart in his text *Canadian Criminal Law: A Treatise* (Toronto 1982) that "This is surely the better view." (at p. 493). I find it difficult to view such behaviour as "passive acquiescence". In my view, the decision in *Salajko* is anomalous and should not be followed.

To be convicted as an aider or abettor one must also possess the necessary state of mind. Dickson J. addressed this issue also in *Dunlop and Sylvester*. He found that there must be evidence supporting an inference that the accused had prior knowledge that an offence of the type committed was planned.

How similar must the anticipated crime and the actual crime be before the requisite mental element is satisfied? The case law on this issue seems to indicate that the two crimes must be substantially similar. For example, in *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal said at p. 329:

De même, dans l'arrêt *R. v. Clarkson*, [1971] 3 All E.R. 344, le Tribunal d'appel des cours martiales a acquitté les accusés qui avaient été présents au viol collectif d'une jeune femme dans une caserne de l'armée. Sachant que le viol avait lieu, les accusés et plusieurs autres personnes s'étaient entassés dans la pièce pour assister à l'agression. Étant donné que rien dans la preuve n'indiquait que les accusés avaient commis un acte matériel ou avaient incité verbalement quelqu'un au viol, il n'y avait aucun fondement de responsabilité.

L'affaire qui est sans doute la plus troublante relativement à cette question est l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *R. v. Salajko* (1970), 9 C.R.N.S. 145, dans lequel on a jugé que l'accusé n'avait aucune responsabilité criminelle dans un viol collectif auquel il assistait. L'accusé était présent et, le pantalon baissé, a été témoin du viol. L'arrêt *Salajko* a fait l'objet de certaines critiques de notre Cour. Dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*, précité, le juge Dickson a fait remarquer aux pp. 894 et 895: «Il est permis de penser que le jury aurait pu conclure qu'il y avait eu incitation par la conduite.» Je suis d'accord avec la déclaration du professeur Stuart dans son ouvrage *Canadian Criminal Law: A Treatise* (Toronto 1982) selon laquelle [TRADUCTION] «C'est sûrement la meilleure opinion.» (à la p. 493). J'ai de la difficulté à considérer un tel comportement comme un «acquiescement passif». À mon avis, l'arrêt *Salajko* est une anomalie et ne doit pas être suivi.

Pour être déclaré coupable d'avoir aidé ou encouragé le crime, il faut également avoir l'état d'esprit nécessaire. Le juge Dickson a également examiné cette question dans l'arrêt *Dunlop et Sylvester*. Il a conclu qu'il devait y avoir des éléments de preuve permettant de déduire que l'accusé savait au préalable qu'une infraction de ce genre était projetée.

Dans quelle mesure le crime prévu et le crime réel doivent-ils être semblables pour satisfaire à l'élément moral requis? La jurisprudence à ce sujet semble indiquer que les deux crimes doivent être essentiellement semblables. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Yanover and Gerol* (1985), 20 C.C.C. (3d) 300, le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario a dit à la p. 329:

For liability to attach under s. 21(1)(b) or (c) it is unnecessary that the person supplying the instrument for the commission of the intended crime know the precise details of the crime intended to be committed such as the particular premises intended to be blown up or the precise time when the offence is intended to be committed, provided that he is aware of the type of crime intended to be committed.

Martin J.A. relied for this proposition on *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350 (H.L.), in which the accused was a member of an organization which, with the use of weapons, engaged in attacks against Roman Catholics and their property. Maxwell was asked to drive his car to an inn and during the drive became aware that he was acting as a guide for another vehicle which was following him. From his knowledge of the organization Maxwell knew that when he acted as a guide he was taking part in an attack that would involve weapons. The House of Lords held that while knowledge of a general criminal intention would be insufficient to establish party liability, a conviction could follow as long as the offence actually committed was of the type that the accused aided or abetted.

This approach has been adopted by other Canadian authors and courts. For example, Rose, in his text on parties (*Parties To An Offence* (Toronto 1982)) states at pp. 10-11:

One of the facts a person must know, in order to be susceptible to conviction as an aider and abettor, is the principal's intention to commit the offence. It is not, however, essential to prove that an alleged aider or abettor knew the *precise* crime which would be committed; it will suffice that he actually knew that the principal planned on committing a certain *type* of offence, that a crime of that type was in fact committed, and that the accused had intentionally aided or abetted its commission. [Emphasis in original.]

This passage was relied upon by the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443. In that case the principal offender had been charged and convicted of causing bodily harm with intent to wound. His conviction

[TRADUCTION] Pour qu'une responsabilité découle de l'al. 21(1)b) ou c) il n'est pas nécessaire que la personne qui fournit l'instrument pour la perpétration du crime projeté connaisse les détails précis du crime projeté, comme l'identité des lieux à faire sauter ou le moment précis de l'infraction, pourvu qu'elle soit au courant du genre de crime projeté.

Le juge Martin a fondé cette proposition sur l'arrêt *Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell*, [1978] 1 W.L.R. 1350 (H.L.). Dans cette affaire, l'accusé était membre d'une organisation qui, avec des armes, attaquait des catholiques et leurs biens. On avait demandé à Maxwell de conduire sa voiture jusqu'à une auberge et, pendant le trajet, il s'était rendu compte qu'il servait de guide à un autre véhicule qui le suivait. D'après sa connaissance de l'organisation, Maxwell savait que, lorsqu'il servait de guide, il prenait part à une attaque armée. La Chambre des lords a conclu que, bien que la connaissance d'une intention criminelle générale ne soit pas suffisante pour établir la responsabilité à titre de participant, il pouvait y avoir une déclaration de culpabilité si l'infraction réellement commise était du genre de celle pour laquelle l'accusé avait fourni de l'aide ou un encouragement.

Cette position a été adoptée par d'autres auteurs et tribunaux canadiens. Par exemple, Rose dans son ouvrage sur les participants aux infractions (*Parties To An Offence* (Toronto 1982)) écrit aux pp. 10 et 11:

[TRADUCTION] L'un des faits qu'une personne doit connaître pour pouvoir être déclarée coupable du crime d'aide et d'encouragement est l'intention de l'auteur de commettre l'infraction. Toutefois il n'est pas essentiel de démontrer que la personne accusée d'avoir apporté une aide ou un encouragement savait quel crime *précis* serait commis; il suffit qu'elle ait su réellement que l'auteur projetait de commettre un certain *genre* d'infraction, qu'un crime de ce genre avait en fait été commis, et que l'accusé avait intentionnellement aidé ou encouragé quelqu'un à sa perpétration. [Italiques dans l'original]

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse s'est fondée sur ce passage dans l'arrêt *R. v. Stevenson* (1984), 11 C.C.C. (3d) 443. Dans cette affaire, le contrevenant principal avait été accusé et déclaré coupable d'avoir causé des lésions corporelles avec

tion arose out of a fight he had engaged in with a man who had insulted his wife. The principal had asked the accused to come with him to the fight so as to prevent the victim's friends from participating. Macdonald J.A., who wrote the decision for the court, held that it was not necessary that the accused know that the principal would only commit a common assault as opposed to an assault causing bodily harm. It was enough that he knew that a "crime of personal violence" would be committed.

Applying these elements to the case at bar, I agree with my colleague that the accused neither aided nor abetted the murder of Elizabeth Johnson. In my view, Kirkness' liability for the death of the victim turns solely on the question whether he aided or abetted the sexual assault of this woman. The issue therefore is whether the evidence is capable of supporting such a finding.

Kirkness stated to the police that he and Snowbird broke into the house and then began looking around. They saw Elizabeth Johnson lying on the bed in the bedroom. Snowbird entered the room and Kirkness watched in the doorway. Snowbird commenced his assault against the victim. Kirkness watched. Snowbird told Kirkness to wait outside. Kirkness then placed a chair beneath the doorknob thereby blocking ingress to and egress from the house. He sat in a chair outside the room and waited. He again tried to look into the room and Snowbird informed him that he was not finished. Snowbird then dragged the naked victim out into the hallway.

In my view, it was open to the jury to find that the actions of the accused while in the home of the deceased amounted to more than "mere acquiescence". Kirkness' initial presence in the room at the time the sexual assault began was transformed into active involvement with his placing of the chair beneath the door handle and his leaving of the room only at the request of Snowbird. These acts are unlike those of the accused in both *Dunlop*

l'intention de blesser. Sa déclaration de culpabilité découlait d'une bagarre engagée avec un homme qui avait insulté son épouse. L'auteur de l'infraction avait demandé à l'accusé de venir avec lui à la bagarre pour empêcher les amis de la victime d'y participer. Le juge Macdonald, qui a rédigé l'arrêt au nom de la cour, a conclu qu'il n'était pas nécessaire que l'accusé sache que l'auteur ne commettrait que des voies de fait par opposition à des voies de fait causant des lésions corporelles. Il était suffisant qu'il sache qu'un «crime de violence contre la personne» serait commis.

Si l'on applique ces éléments à l'espèce, je suis d'accord avec mon collègue que l'accusé n'a ni aidé ni encouragé le meurtre d'Elizabeth Johnson. À mon avis, la responsabilité de Kirkness relativement au décès de la victime dépend uniquement de la question de savoir s'il a fourni de l'aide ou un encouragement à la perpétration de l'agression sexuelle contre cette femme. Par conséquent, la question est de savoir si la preuve peut appuyer une telle conclusion.

Kirkness a dit aux policiers que Snowbird et lui-même étaient entrés dans la maison et avaient alors commencé à inspecter les lieux. Ils ont vu Elizabeth Johnson couchée sur son lit dans la chambre. Snowbird est entré dans la pièce et Kirkness regardait par l'embrasure de la porte. Snowbird a commencé à agresser la victime. Kirkness regardait. Snowbird a dit à Kirkness d'attendre à l'extérieur. Kirkness a alors placé une chaise sous la poignée de la porte bloquant ainsi l'accès à la maison, puis il s'est assis sur une chaise à l'extérieur de la chambre et a attendu. Il a encore une fois tenté de regarder dans la pièce et Snowbird lui a dit qu'il n'avait pas fini. Snowbird a alors traîné la victime nue à l'extérieur de la pièce dans le couloir.

À mon avis, il était loisible au jury de conclure que les actes de l'accusé pendant qu'il était dans la maison de la victime équivalaient à plus qu'un «simple acquiescement». La présence initiale de Kirkness dans la pièce au moment où a commencé l'agression sexuelle s'est transformée en participation active lorsqu'il a placé la chaise sous la poignée de la porte et lorsqu'il a quitté la pièce parce que Snowbird le lui demandait. Ces actes sont

and *Sylvester* and *Cosgrove*. Kirkness did not sleep through the assault nor did he merely remain to observe the spectacle of an eighty-three-year-old woman being raped. His actions could therefore be considered akin to those of a "lookout" and therefore as assisting and encouraging the behaviour of Snowbird.

Moreover, Kirkness may be viewed as having continued to encourage and assist Snowbird after the sexual assault in the bedroom had been completed. When the victim was dragged out into the hallway and choked, Kirkness witnessed what was taking place. Even although the level of violence in the house was to his knowledge escalating, the appellant did not alter his behaviour in any significant respect. He remained in the house. He did not remove the chair from under the door handle. He persisted in his plan to rob the house. Can these actions be described as passive acquiescence?

Turning to the accused's state of mind during this period, Kirkness stated to the police that he told Snowbird to stop choking the victim because he might kill her. This statement is completely inconsistent with any intent to aid in the killing. Since the accused did not have the specific intent to assist in bringing about the death of the victim, conviction for murder as an aider or abettor is foreclosed.

However, lack of intent to do anything or to omit to do anything for the purpose of causing death does not end the inquiry into Kirkness' liability under subs. (1). As I indicated earlier, an accused may still be held criminally responsible in manslaughter for the death of the victim where it has not been established that he had the requisite intent for murder.

The actions of the accused are, in my view, capable of supporting an inference that he intended to assist Snowbird in the commission of the sexual assault which he knew was taking place. I personally find it hard to accept his argument that

différents de ceux des accusés dans les arrêts *Dunlop et Sylvester* et *Cosgrove*. Kirkness n'a pas dormi pendant l'agression et il n'est pas simplement resté pour regarder le spectacle du viol d'une femme de quatre-vingt-trois ans. Par conséquent, ses actes pourraient être considérés comme semblables à ceux d'un «guetteur» et donc comme aidant et encourageant Snowbird dans son comportement.

Qui plus est, Kirkness peut être considéré comme ayant continué à encourager et à aider Snowbird après l'agression sexuelle dans la chambre. Lorsque la victime a été traînée dans le couloir et étranglée, Kirkness était témoin de ce qui se produisait. Même s'il savait que le niveau de violence dans la maison augmentait, l'appelant n'a pas beaucoup modifié son comportement. Il est resté dans la maison. Il n'a pas enlevé la chaise placée sous la poignée de la porte. Il a poursuivi son projet d'effectuer un vol dans la maison. Ces actes peuvent-ils être décrits comme un acquiescement passif?

Si l'on examine l'état d'esprit de l'accusé pendant cette période, Kirkness a indiqué aux policiers qu'il avait dit à Snowbird d'arrêter d'étrangler la victime parce qu'il pourrait la tuer. Cette déclaration est entièrement incompatible avec toute intention de fournir de l'aide à la perpétration du meurtre. Étant donné que l'accusé n'avait pas l'intention précise d'aider à causer la mort de la victime, il est impossible de le déclarer coupable de meurtre par aide ou encouragement.

Toutefois, l'absence d'intention d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte dans le but de causer la mort ne met pas fin à l'examen de la responsabilité de Kirkness aux termes du par. (1). Comme je l'ai indiqué précédemment, un accusé peut encore être tenu criminellement responsable d'homicide involontaire coupable pour le décès de la victime lorsqu'il n'a pas été démontré qu'il avait l'intention requise pour le meurtre.

À mon avis, les actes de l'accusé peuvent appuyer l'inférence qu'il avait l'intention d'aider Snowbird dans la perpétration de l'agression sexuelle dont il avait connaissance. Personnellement, je trouve qu'il est difficile d'admettre son

his actions were performed solely for the purpose of protecting himself. When the police questioned him about the chair, his response was (at p. 169):

Yeah, I did that because I thought someone would come in while we were in the house. Alex was [sexually assaulting] her in the bedroom when I was doing that.

This is, however, a matter for the jury to determine.

The mental element of the offence of aiding and abetting in the commission of a criminal offence is doing an act for the purpose of assisting the principal in the commission of the offence. The question thus becomes whether Kirkness placed the chair under the door handle specifically for the purpose of aiding in the crime of sexual assault or for aiding more generally in a crime of personal violence. In other words, was the crime committed by Snowbird of a similar type to that which the accused believed he was aiding and abetting?

There was a time when the violent aspect of the crime of rape was thought to be unduly underplayed by the law. The *Criminal Code* was amended to reflect the emerging view that rape is essentially a crime of violence. The offence accordingly is now known as the crime of sexual assault and not the crime of rape. This reconceptualization of the law has had an important influence on the way in which crimes of sexual violence are viewed by the courts.

The law now recognizes that sexual assault is often accompanied by other forms of violence. Thus, the *Criminal Code* contains a number of offences of sexual violence rated in severity by the degree of violence which accompanies the sexual assault. The scale in ascending order of severity runs from sexual assault (s. 246.1, now s. 271) to sexual assault with a weapon, sexual assault accompanied by threats of bodily harm and sexual assault causing bodily harm (s. 246.2, now s. 272), and finally to aggravated sexual assault (s. 246.3, now s. 273).

argument selon lequel ses actes ont été accomplis uniquement dans le but de se protéger. Lorsque les policiers l'ont interrogé au sujet de la chaise, il a répondu (à la p. 169):

^a [TRADUCTION] Oui, je l'ai fait parce que je pensais que quelqu'un pouvait entrer pendant que nous étions dans la maison. Alex était en train de [l'agresser sexuellement] dans la chambre à coucher pendant que je faisais cela.

^b Toutefois, c'est au jury de se prononcer sur cette question.

L'élément moral de l'infraction d'aide et d'encouragement dans la perpétration d'une infraction criminelle est d'accomplir un acte en vue d'aider l'auteur dans la perpétration de l'infraction. La question devient donc de savoir si Kirkness a placé la chaise sous la poignée de la porte précisément en vue d'aider à la perpétration du crime d'agression sexuelle ou en vue d'aider de manière plus générale à la perpétration d'un crime de violence contre la personne. En d'autres termes, le crime commis par Snowbird était-il d'un genre semblable à celui auquel l'accusé croyait apporter de l'aide et de l'encouragement?

On pensait, à une certaine époque, que le droit n'accordait pas une importance suffisante à l'aspect violent du crime de viol. Le *Code criminel* a été modifié pour refléter l'idée nouvelle que le viol est essentiellement un crime de violence. En conséquence, l'infraction est maintenant connue comme le crime d'agression sexuelle et non le crime de viol. Cette reformulation du droit a eu une influence importante sur la manière dont les tribunaux ont considéré les crimes de violence sexuelle.

Le droit reconnaît maintenant que l'agression sexuelle est souvent accompagnée d'autres formes de violence. Ainsi, le *Code criminel* contient un certain nombre d'infractions de violence sexuelle dont la gravité dépend du degré de violence qui accompagne l'agression sexuelle. L'échelle de gravité par ordre ascendant va de l'agression sexuelle (art. 246.1, maintenant art. 271) à l'agression sexuelle armée, à l'agression sexuelle avec menaces de lésions corporelles et l'agression sexuelle avec infraction de lésions corporelles (art. 246.2, maintenant art. 272), et finalement à l'agression sexuelle grave (art. 246.3 maintenant art. 273).

Given this background and the legislative changes which resulted, it may be somewhat artificial to draw a sharp line between the act of sexual assault and the act of suffocation in a case such as this where the violence inherent in the sexual assault escalated in a maniacal way to the violence accompanying suffocation. The sexual assault and the suffocation could be viewed as offences of the same type in the sense that together they combine to form the offences proscribed by either s. 246.2 or s. 246.3 of the *Code*. Moreover, they are offences which could cause bodily harm short of death. Even if the appellant intended only to assist in the commission of a sexual assault *simpliciter*, it would be open to the jury to find that in law he aided and abetted a crime of a type involving personal violence and hence a risk of bodily harm short of death.

Applying each of these elements to the behaviour of Kirkness leads me to the conclusion that there was evidence on which a jury properly instructed could have convicted him of manslaughter. Before considering whether the trial judge did properly instruct the jury on the application of s. 21(1) in the circumstances of this case, I believe it will be helpful to address the application of s. 21(2).

4. Common Intender

The common law is replete with examples of persons who, having assisted other people in the commission of a crime, are held criminally responsible for the criminal acts of the people they assisted. According to Rose "The common unlawful purpose provisions of the criminal law seem to have developed under the common law as a doctrine of constructive murder—a sort of "constructive aiding and abetting" in murder cases." (See Rose, *supra*, at p. 64). The law's imposition of responsibility in such circumstances dates back to at least the time of Hale. He recorded that in *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439:

Compte tenu de cet historique et des modifications législatives qui en ont résulté, il peut être quelque peu artificiel de tracer une ligne de démarcation précise entre l'acte d'agression sexuelle et l'acte d'étouffement dans une affaire comme l'espèce, où la violence inhérente à l'agression sexuelle s'est intensifiée de façon maniaque jusqu'à la violence qui a accompagné l'étouffement. L'agression sexuelle et l'étouffement peuvent être considérés comme des infractions du même genre dans le sens que, ensemble, elles se complètent pour former les infractions prévues aux art. 246.2 ou 246.3 du *Code*. En outre, il s'agit d'infractions qui pourraient causer des lésions corporelles sans causer la mort. Même si l'appelant avait eu seulement l'intention d'aider à la perpétration d'une agression sexuelle simple, il serait loisible au jury de conclure que, en droit, il a aidé et encouragé un crime d'un genre comportant de la violence contre la personne et donc un risque de lésions corporelles, mais non la mort.

Si j'applique chacun de ces éléments au comportement de Kirkness j'arrive à la conclusion qu'il y avait des éléments de preuve en vertu desquels un jury ayant reçu des directives appropriées aurait pu le déclarer coupable d'homicide involontaire coupable. Avant d'examiner si le juge du procès a donné des directives appropriées au jury sur l'application du par. 21(1) dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis qu'il sera utile d'examiner l'application du par. 21(2).

g 4. L'intention commune

La common law foisonne d'exemples de personnes qui, ayant aidé une autre personne à la perpétration d'un crime, sont tenues criminellement responsables des actes criminels des personnes qu'elles ont aidées. Selon Rose [TRADUCTION] «Les dispositions du droit pénal relatives à l'intention commune de commettre un acte illégal semblent s'être développées en common law dans la théorie du meurtre par imputation—une sorte «d'aide et d'encouragement implicites» dans des affaires de meurtre.» (Voir Rose, précité, à la p. 64). L'imposition de responsabilité par la loi dans de telles circonstances remonte au moins à l'époque de Hale. Il a remarqué que dans l'arrêt *Lord Dacre's Case* (1543), 1 Hale H.P.C. 439:

The lord *Dacre* and divers others came to steal deer in the park of one *Pelham, Rayden* one of the company kild the keeper in the park, the lord *Dacre* and the rest of the company being in other parts of the park, it was ruled, that it was murder in them all, and they died for it.

Foster, writing in 1809, explained that the special intent required for murder was relaxed in such cases. At page 351 of *Foster's Crown Law* (London 1809) he said:

But if a fact amounting to murder should be committed in prosecution of some unlawful purpose, *though it were but a bare trespass*, to which A. in the case last stated had consented, and he had gone in order to give assistance, if need were, for carrying it into execution; this would have amounted to murder in him, and would in every person present and joining with him . . .

It is true, here might be no special malice against the party slain, nor deliberate intention to hurt *him*; but if the fact was committed in prosecution of the original purpose, *which was unlawful*, the whole party will be involved in the guilt of him who gave the blow. For in combinations of this kind the mortal stroke, though given by one of the party, is considered in the eye of the law, and of sound reason too, as given by every individual present and abetting. [Emphasis in original.]

The common purpose rule cast a very wide net in terms of accessorial responsibility. In order to attenuate the harshness of the rule the common law developed certain limitations to this broad principle. In order to ground liability for the crime committed as opposed to the crime contemplated the crime committed must have been considered by the accessory as a possible incident of the planned venture.

This limiting principle dates back to *Plummer's Case*, Kel J. 109, 84 E.R. 1103, in which a gang set out to transport wool illegally to France. They were intercepted by the police and a scuffle ensued. A gun was discharged by one of the gang killing not the police but another member of the gang. The question was whether the remaining

[TRADUCTION] Le seigneur *Dacre* et diverses autres personnes sont venus braconner des cerfs dans le parc d'un nommé *Pelham, Rayden* l'un des membres de la compagnie a tué le gardien du parc, le seigneur *Dacre* et le reste de la compagnie étant dans d'autres parties du parc, on a jugé qu'ils étaient tous coupables de meurtre et ils ont été exécutés en expiation de ce crime.

Foster écrivait en 1809 que l'intention spécifique exigée pour le meurtre était relâchée dans certains cas. À la p. 351 de l'ouvrage *Foster's Crown Law* (London 1809), il a dit:

[TRADUCTION] Mais si un fait équivalent à un meurtre devait être commis dans la poursuite d'une certaine fin illégale, *même s'il ne s'agissait que d'une simple entrée non autorisée*, à laquelle A. dans l'affaire mentionnée précédemment a consenti et qu'il a accompli dans le but de fournir de l'aide, le cas échéant, pour la perpétration du crime, cette situation équivaldrait à un meurtre de sa part, et de la part de chaque personne présente qui était avec lui . . .

Il est vrai qu'en l'espèce, il se peut qu'il n'y ait aucune intention malicieuse spéciale contre la victime, ni d'intention délibérée de *lui* faire du mal; mais si le fait a été commis dans la poursuite de la fin initiale, *qui était illégale*, l'ensemble du groupe sera impliqué dans la culpabilité de celui qui a porté le coup. Car dans des actions de ce genre, le coup mortel, même s'il a été porté par l'un des membres du groupe, est considéré aux yeux de la loi et également pour des motifs bien fondés, comme s'il avait été porté par chaque personne présente et qui donne son encouragement. [Italiques dans l'original]

La règle de l'objet commun a une très large portée en termes de responsabilité du complice. Afin d'atténuer la rigueur de la règle, la common law a élaboré certaines restrictions à ce principe étendu. En vue d'établir la responsabilité pour le crime qui a été perpétré par opposition au crime qui a été envisagé, celui qui a été perpétré doit avoir été considéré par le complice comme une conséquence possible de l'acte projeté.

Ce principe restrictif remonte à l'affaire *Plummer's Case*, Kel J. 109; 84 E.R. 1103, dans laquelle une bande avait entrepris de transporter illégalement de la laine en France. Ils avaient été arrêtés par la police et il y avait eu une bagarre. Un coup de feu tiré par un des membres de la bande avait tué non pas un policier mais un autre

members of the gang were guilty of the murder of one of their own.

It was agreed by the court that had one of the police been killed by the shot it would have been murder by all the gang. Similarly, if the shot had been intended for the police but had by accident struck one of the gang, that too would have been murder by each member of the gang. On the facts, however, the shot was not fired in furtherance of the purpose for which the gang had assembled. Rather, the inference was that the shot was fired at the deceased because it was believed that he had informed the police of the plan.

In my view, the common intent rule was specifically designed to determine liability in the kind of situation before the Court in the present appeal. Applying each of the constituent elements of s. 21(2) to the present case leads, in my view, to the conclusion that it was open to the jury to find that Kirkness was a party to the culpable homicide of the victim.

(a) *Intention in Common*

The first step in establishing liability under s. 21(2) is to show that the accused formed an intention in common with others to carry out an unlawful purpose and to assist them in achieving that purpose. This common intention need not be pre-planned in any way. It is sufficient, and the case law supports this proposition, that such intention arise just prior to or at the time of the commission of the offence. Indeed, the common design is usually implied from the facts. For example, in *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509 (Ont. C.A.), leave to appeal refused (1902), 5 C.C.C. 529, the accused were being transported by cab from the courthouse to the jail during the course of their trial on charges of burglary. An unknown person threw a package into the cab which contained at least two revolvers. A struggle ensued and one of the prisoners shot a police officer, killing him. In upholding the jury's finding that the accused was guilty of the murder as a party Osler J.A. remarked at p. 523:

membre de la bande. La question était de savoir si les autres membres de la bande étaient coupables du meurtre d'un des leurs.

La cour était d'avis que si un policier avait été tué par le coup de feu tous les membres de la bande auraient été coupables de meurtre. De même, si le coup de feu avait été destiné à un policier mais que, par accident, un membre de la bande avait été touché, chaque membre de la bande aurait également été coupable de meurtre. Toutefois, d'après les faits, le coup de feu n'avait pas été tiré pour servir la fin pour laquelle la bande était rassemblée. On avait déduit au contraire que le coup de feu avait été tiré sur la victime parce qu'on croyait qu'il avait informé la police du projet.

À mon avis, la règle de l'objet commun a été précisément conçue pour déterminer la responsabilité dans le genre de situation qui est présentée à la Cour dans le présent pourvoi. Si l'on applique chacune des composantes du par. 21(2) à l'espèce, on arrive, à mon avis, à la conclusion que le jury pouvait conclure que Kirkness était partie à l'homicide coupable de la victime.

a) *L'intention commune*

Pour établir la responsabilité aux termes du par. 21(2), la première étape est de démontrer que l'accusé avait formé avec d'autres personnes le projet de poursuivre une fin illégale et de les aider à réaliser cette fin. Il n'est pas nécessaire que cette fin commune soit planifiée d'avance. Il suffit, et la jurisprudence appuie cette position, que l'intention prenne naissance juste avant la perpétration de l'infraction ou au moment de celle-ci. En réalité, la fin commune est habituellement déduite des faits. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Rice* (1902), 5 C.C.C. 509 (C.A. Ont.), dont l'autorisation de pourvoi a été refusée (1902), 5 C.C.C. 529, les accusés étaient transportés par taxi du palais de justice à la prison pendant leur procès sur des accusations de cambriolage. Un inconnu a lancé dans le taxi un colis qui contenait au moins deux revolvers. Il y a eu une bagarre et un des prisonniers a tiré sur un agent de police et l'a tué. En maintenant la conclusion du jury selon laquelle l'accusé était coupable de meurtre à titre de participant, le juge Osler a fait remarquer à la p. 523:

The common design might certainly be formed as soon as the prisoners found that weapons suitable as means of effecting an escape were in their possession; and the evidence, as reported in the case, supports the inference that there was a common design to effect an unlawful purpose by violent means.

In my opinion, there is no question that a common purpose was shared by Snowbird and Kirkness in this case. Where one has aided or abetted in the commission of an offence, there can be little doubt that a shared intention to effect an unlawful purpose existed. In this case Kirkness was a principal in the break and enter. By his own admission Snowbird asked him to come along in the plan to rob the house. He agreed. Moreover, it was he who effected the break and enter by prying open a window at the back of the house with a handle off a garden tool. It was he who first entered and let Snowbird in through the back door. There is not a scintilla of evidence to suggest that the accused did not share an intention in common with Snowbird. The more troublesome question to my mind is the nature of the unlawful purpose to which they had agreed.

(b) *Unlawful Purpose*

The nature of the unlawful purpose will often be determinative of whether an accused will be held responsible for the subsequent acts of the principal. Suppose, for instance, that the original unlawful purpose agreed upon by the common intenders was a robbery of a store without the use of violence or weapons. Unbeknownst to the others, the principal suddenly produces a pistol and kills the shopkeeper. When the finder of fact comes to determine whether the killing of the shopkeeper was a probable consequence of the robbery about which the alleged accessories knew or ought to have known, the original plan not to use violence is obviously key.

In determining the contours of the unlawful purpose the propensity for violence of each or any of the common intenders is relevant. In *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238 (Ont. C.A.), Martin J.A. indicated that if during the course of a robbery one of the partici-

[TRADUCTION] Le projet commun a certainement pu être formé dès que les prisonniers se sont rendus compte qu'ils avaient en leur possession des armes qui pouvaient leur permettre de s'évader; et la preuve, mentionnée dans le dossier, appuie l'argument selon lequel il y avait un projet commun de poursuivre une fin illégale de façon violente.

À mon avis, on ne peut douter que Snowbird et Kirkness avaient formé ensemble un projet en l'espèce. Lorsque l'un d'eux a aidé ou encouragé l'autre à la perpétration d'une infraction, il n'y a aucun doute qu'il existait une intention commune de poursuivre une fin illégale. En l'espèce, Kirkness était l'auteur principal de l'introduction par effraction. De son propre aveu, Snowbird lui a demandé de participer au projet de cambrioler la maison. Il a accepté. De plus, c'est lui qui a effectué l'introduction par effraction en ouvrant une fenêtre à l'arrière de la maison avec le manche d'un outil de jardinage. C'est lui qui est entré le premier et qui a fait entrer Snowbird par la porte de derrière. Il n'existe pas la moindre preuve que l'accusé n'avait pas formé de projet avec Snowbird. À mon avis, la question la plus difficile porte sur la nature de la fin illégale dont ils avaient convenu.

b) *La fin illégale*

La nature de la fin illégale sera souvent déterminante pour répondre à la question de savoir si un accusé doit être tenu responsable des actes subséquents de l'auteur principal. Supposons, par exemple, que la fin illégale initiale convenue par les personnes qui ont formé le projet était le vol d'un magasin, sans violence ni arme. À l'insu des autres, l'auteur principal sort un pistolet et tue le commerçant. Lorsque le juge des faits doit déterminer si le meurtre du commerçant était une conséquence probable du vol que les présumés complices connaissaient ou auraient dû connaître, le projet initial de ne pas employer de violence est de toute évidence très important.

Pour déterminer les limites de la fin illégale, il est pertinent d'examiner la tendance à la violence de chacune des personnes qui ont formé ensemble le projet. Dans l'arrêt *R. v. Govedarov, Popovic and Askov* (1974), 16 C.C.C. (2d) 238 (C.A. Ont.), le juge Martin a indiqué que, si pendant un

pants is informed that another of the participants is an extremely violent person, the failure of the first person to withdraw may be taken as an indication that he intended that resort to violence, if necessary, was part of the intended unlawful purpose. See also: *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18 (H.C.).

Was there any indication in this case that resort to violence might occur in carrying out the common purpose? I think there was. First, Kirkness told the police that he had effected entry into the dwelling of Mrs. Johnson with the use of a garden tool handle. Kirkness brought the broken handle into the house with him and gave it to Snowbird when he let him inside. The retention of this weapon provides some indication that violence could have been contemplated by these two men.

The behaviour of Snowbird himself is relevant to this determination as well. What started out as a "simple" break and enter immediately escalated into a crime of personal violence the moment Snowbird discovered a female person in the house. If this horrific behaviour on the part of Snowbird was not initially contemplated by Kirkness when the break and enter first began, it certainly was understood by him to be part of the overall purpose once it started. For the reasons already discussed, it is arguable that Kirkness not only acquiesced, he assisted in the commission of this crime. While the issue is of course a matter for the jury, it seems hard to believe that the perpetration of acts of physical violence was not part and parcel of the unlawful purpose in the minds of both accused.

(c) *Knew or Ought to Have Known of the Probable Commission of the Offence*

Section 21(2) of the *Code* deems a party criminally liable for the acts of the principal offender when the accused knew or ought to have known of the probable commission of the acts which constitute the offence. There are two elements to this last branch of s. 21(2): (i) the commission of the ultimate offence has to be probable; and (ii) the

vol l'un des participants est informé qu'un autre des participants est une personne extrêmement violente, le fait que la première personne ne se retire pas peut être considéré comme une indication qu'elle était d'avis que le recours à la violence, si nécessaire, faisait partie de la fin illégale projetée. Voir également: *R. v. Viger* (1985), 36 C.C.C. (3d) 18 (H.C.).

En l'espèce, y avait-il une indication d'un recours possible à la violence dans la poursuite de la fin illégale? À mon avis, il y en avait. Premièrement, Kirkness a dit aux policiers qu'il était entré dans la maison de M^{me} Johnson en utilisant un manche d'outil de jardinage. Kirkness a emporté avec lui dans la maison le manche brisé et l'a donné à Snowbird lorsqu'il l'a fait entrer. Le fait d'avoir gardé cette arme fournit une certaine indication que ces deux hommes pouvaient avoir envisagé d'avoir recours à la violence.

Le comportement de Snowbird lui-même est également pertinent sur ce point. Ce qui avait débuté comme une «simple» introduction par effraction s'est immédiatement transformé en crime de violence contre la personne dès que Snowbird a découvert une femme dans la maison. Si Kirkness n'avait pas au départ imaginé le comportement horrible de Snowbird au début de l'introduction par effraction, il a certainement compris dès qu'il a commencé qu'il faisait partie de la fin illégale globale. Pour les motifs que j'ai déjà analysés, on peut soutenir que Kirkness n'a pas seulement acquiescé, mais a aidé à la perpétration de ce crime. Bien qu'il appartienne évidemment au jury de se prononcer sur la question, il semble difficile de croire que la perpétration d'actes de violence physique ne faisait pas partie de la fin illégale dans l'esprit des deux accusés.

(c) *Savait ou devait savoir que l'infraction serait probablement commise*

Le paragraphe 21(2) du *Code* présume qu'une partie est criminellement responsable des actes de l'auteur principal lorsque l'accusé savait ou devait savoir que les actes qui constituent l'infraction seraient probablement perpétrés. Il y a deux éléments dans ce dernier volet du par. 21(2): (i) la perpétration de l'infraction finale était probable; et

accused must know or ought to have known of this probability.

The first question to be asked is whether the killing of the victim was a probable consequence of the unlawful purpose. If the jury determined that the unlawful purpose encompassed only the breaking and entering it would be hard to justify a finding that the death of the occupant was a probable consequence of that purpose. If, however, the jury determined that the unlawful purpose encompassed also acts of physical violence against the occupant, then the route to party liability on the part of Kirkness is much clearer. Apart from the particular circumstances surrounding this series of events, it seems to me that violence so often accompanies sexual crimes that it is implicit in the very nature of the offence that some harm short of death is probable. This is so, in my opinion, whenever the common unlawful purpose contemplates physical interference with a person. There may, of course, be situations where the level of physical violence contemplated is so minimal that serious bodily harm is merely a possibility rather than a probability. And it may indeed be the case that this observation would hold true even in some situations where the unlawful purpose is an assault of a sexual nature. While I personally would not have thought that what occurred in this case is one of those instances, the question whether the causing of bodily harm short of death was a probable consequence of the sexual offence committed against Elizabeth Johnson was for the jury to decide.

Did the accused Kirkness know, or ought he to have known, that this consequence of bodily harm was probable? As the accused did not testify, his awareness has to be gleaned from his actions. Setting aside the standard of objective foreseeability, the question becomes whether Kirkness did not know that Elizabeth Johnson would suffer bodily harm from the assault. While he objected to Snowbird's strangling the victim, he did not appear to be shocked or appalled at the spectacle. He merely indicated that the attack had gone too far. His behaviour in this regard, coupled with the fact that he was aware that the victim was old and frail,

(ii) l'accusé savait ou aurait dû savoir que cette probabilité existait.

La première question à poser est de savoir si le décès de la victime était une conséquence probable de la fin illégale. Si le jury décidait que la fin illégale ne visait que l'introduction par effraction il serait difficile de justifier la conclusion que la mort de l'occupante était une conséquence probable de cette fin. Toutefois, si le jury décidait que la fin illégale visait également des actes de violence physique contre l'occupante, alors la voie à suivre pour déterminer la responsabilité de Kirkness comme participant à l'infraction serait beaucoup plus claire. Outre les circonstances particulières entourant cette série d'événements, il me semble que la violence accompagne si souvent les crimes d'ordre sexuel qu'il est implicite dans la nature même de l'infraction que des blessures, sinon la mort, sont probables. À mon avis, c'est le cas lorsque le projet de fin illégale envisage un acte physique contre une personne. Évidemment, il peut y avoir des situations dans lesquelles le niveau de violence physique envisagée est tellement minime que des lésions corporelles graves sont une simple possibilité plutôt qu'une probabilité. Et en fait il se peut que cette remarque soit vraie même dans certaines situations où la fin illégale est une agression de nature sexuelle. Bien que personnellement je ne penserais pas que ce qui ressort de cette affaire soit l'un de ces cas, il appartenait au jury de trancher la question de savoir si l'infliction de lésions corporelles susceptibles d'entraîner la mort était une conséquence probable de l'infraction sexuelle commise contre Elizabeth Johnson.

L'accusé Kirkness savait-il ou devait-il savoir que cette conséquence des lésions corporelles était probable? Étant donné que l'accusé n'a pas témoigné, il faut répondre à la question d'après ses actes. Si l'on écarte la norme de prévisibilité objective, la question devient celle de savoir si Kirkness ne savait pas que Elizabeth Johnson subirait des lésions corporelles par suite de l'agression. Bien qu'il se soit opposé à la strangulation de la victime par Snowbird, il n'a pas paru choqué ni consterné par le spectacle. Il a simplement indiqué que l'agression était allée trop loin. Son comportement à cet égard, ajouté au fait qu'il savait que la

leaves it an open question for the jury as to whether or not this branch of the s. 21(2) test was met.

5. Abandonment

As with other criminal offences, an accused whose liability is established under the provisions applicable to parties will still have open to him a number of defences. In the context of accomplice liability, however, the defence of abandonment is particularly crucial. According to this defence an accused may absolve himself of criminal liability for the acts of the principal if he can show that he abandoned his purpose to assist in the commission of a criminal offence. Because of my conclusion respecting the appropriate disposition of this appeal, I include here a discussion of the elements of this defence.

While the defence of abandonment is available to an accused charged under either subs. (1) or (2), the defence has usually been applied in Canada to the common intent provision. For instance, this Court considered the availability of this defence in *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226. In that case, the trial judge had not adequately put the accused's defence of abandonment to the jury and a new trial on a charge of murder was ordered. In the course of his reasons Taschereau J. referred to the test of abandonment as stated by Sloan J.A. in *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420, at p. 425:

After a crime has been committed and before a prior abandonment of the common enterprise may be found by a jury there must be, in my view, in the absence of exceptional circumstances, something more than a mere mental change of intention and physical change of place by those associates who wish to dissociate themselves from the consequences attendant upon their willing assistance up to the moment of the actual commission of that crime. I would not attempt to define too closely what must be done in criminal matters involving participation in a common unlawful purpose to break the chain of causation and responsibility. That must depend upon the circumstances of each case but it seems to me that one essential element ought to be established in a case of

victime était âgée et fragile, laisse au jury le soin de répondre à la question de savoir si ce volet du critère du par. 21(2) a été satisfait.

a 5. La renonciation à l'intention

Comme dans le cas d'autres infractions criminelles, l'accusé dont la responsabilité est démontrée aux termes des dispositions applicables aux participants à une infraction aura encore à sa disposition un certain nombre de moyens de défense. Toutefois, dans le contexte de la responsabilité de complice, le moyen de défense de la renonciation est particulièrement important. Selon ce moyen de défense, un accusé peut se dégager de la responsabilité criminelle à l'égard des actes de l'auteur principal s'il peut démontrer qu'il a abandonné le projet de l'aider à commettre une infraction criminelle. En raison de ma conclusion sur la façon de trancher le présent pourvoi, j'ajoute ici une analyse des éléments de ce moyen de défense.

Bien qu'une personne inculpée aux termes du par. (1) ou (2) puisse invoquer le moyen de défense de la renonciation, ce moyen a été appliqué habituellement au Canada à la disposition relative à la fin commune. Par exemple, notre Cour a examiné la possibilité d'invoquer ce moyen de défense dans l'arrêt *Henderson v. The King*, [1948] R.C.S. 226. Dans cette affaire, le juge du procès n'avait pas exposé de façon adéquate au jury le moyen de défense de la renonciation de l'accusé et un nouveau procès sur l'accusation de meurtre avait été ordonné. Dans ses motifs, le juge Taschereau a mentionné le critère de la renonciation invoqué par le juge Sloan dans l'arrêt *R. v. Whitehouse* (1940), 55 B.C.R. 420, à la p. 425:

[TRADUCTION] Lorsqu'un crime a été commis et avant qu'un jury puisse conclure à la renonciation préalable à l'entreprise commune, il doit y avoir, à mon avis, en l'absence de circonstances exceptionnelles, quelque chose de plus que le changement mental de l'intention et que le changement physique d'endroit de la part des associés qui veulent se dissocier des conséquences de leur aide volontaire jusqu'au moment de la perpétration réelle de ce crime. Je ne suis pas d'avis de tenter de définir de manière trop précise ce qui doit être fait dans des affaires criminelles concernant la participation à une fin illégale commune pour briser le lien de causalité et de responsabilité. Cela doit dépendre des circonstances de chaque cas mais il me semble qu'un élément essentiel

this kind: where practicable and reasonable there must be timely communication of the intention to abandon the common purpose from those who wish to dissociate themselves from the contemplated crime to those who desire to continue in it. What is "timely communication" must be determined by the facts of each case but where practicable and reasonable it ought to be such communication, verbal or otherwise, that will serve unequivocal notice upon the other party to the common unlawful cause that if he proceeds upon it he does so without the further aid and assistance of those who withdraw. The unlawful purpose of him who continues alone is then his own and not one in common with those who are no longer parties to it nor liable to its full and final consequences.

In that case three young men arranged to hold up one Ingram, a local merchant. One of the men approached Ingram with an iron pipe which was covered with a piece of hose. Just as he got near him the other two young men ran away. The pipe was later found with human blood on it. Ingram died some time later. At the trial the judge instructed the jury that they must consider only two elements in order to find abandonment: (1) a change of mental intention; and (2) quitting the scene before the crime was finally consummated. Sloan J.A. held that the trial judge erred for the reasons I have quoted above.

Whitehouse was followed by this Court in *Miller v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 680, in which two accused were charged with the murder of a police officer. They had been out drinking and were discussing their animosity towards the police. They talked of shooting a police officer. They then left the tavern with a loaded rifle and proceeded to drive around in an erratic manner so as to attract the attention of the police. Miller was at the wheel. Cockriell threw a beer bottle at the local court house. The pair were subsequently stopped by the police. As the officer approached the car Cockriell pulled the trigger on the rifle which had been sitting in Miller's lap.

The Court found that there was no evidence to support a defence of abandonment. Ritchie J. followed the words of Sloan J.A. in *Whitehouse* and

devrait être établi dans un cas de ce genre: lorsque cela est possible et raisonnable, ceux qui désirent se dissocier du crime envisagé doivent communiquer en temps utile leur intention d'abandonner la fin commune à ceux qui désirent continuer dans sa réalisation. Ce qui constituerait une communication «en temps utile» doit être déterminé par les faits de chaque cas mais lorsque c'est possible et raisonnable cette communication doit être verbale ou autre et servira d'avis non équivoque à l'autre partie à la fin illégale commune que si elle continue dans la réalisation de celle-ci, elle le fera sans autre aide et appui de ceux qui se retirent. La fin illégale de celui qui continue seul lui revient alors entièrement et n'est pas commune à ceux qui désormais n'y participent plus et ne sont donc plus responsables de ses conséquences finales.

Dans cette affaire, trois jeunes hommes avaient pris des dispositions pour voler un certain Ingram, un marchand local. L'un des hommes s'était approché de Ingram avec un tuyau de fer couvert d'un boyau. Lorsqu'il s'était approché de lui les deux autres jeunes hommes s'étaient sauvés. Plus tard, on a trouvé le tuyau maculé de sang humain. Ingram est mort quelque temps plus tard. Au procès, le juge a exposé au jury qu'il ne devait tenir compte que de deux éléments pour conclure à la renonciation: (1) un changement mental d'intention; et (2) le fait de quitter le lieu du crime avant qu'il soit perpétré. Le juge Sloan a conclu que le juge du procès avait commis une erreur pour les motifs que j'ai cités précédemment.

L'arrêt *Whitehouse* a été suivi par notre Cour dans l'arrêt *Miller c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 680, où deux accusés avaient été inculpés du meurtre d'un policier. Ils avaient bu, discuté de leurs différends avec les policiers et avaient parlé d'abattre un policier. Ils avaient ensuite quitté la taverne avec un fusil chargé et avaient cherché à attirer l'attention des policiers en conduisant d'une façon désordonnée. Miller était au volant. Cockriell avait lancé une bouteille de bière sur le palais de justice local. Par la suite, les deux hommes avaient été interpellés par les policiers. Comme un agent s'approchait de la voiture, Cockriell avait appuyé sur la gâchette du fusil qui se trouvait sur les genoux de Miller.

La Cour a conclu qu'aucun élément de preuve n'appuyait le moyen de défense de la renonciation. Le juge Ritchie a suivi les propos du juge Sloan

held that there was no clear evidence that the intention to abandon the common purpose had been communicated. Ritchie J. also referred with approval to the decision of the Court of Criminal Appeal in *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212, in which the appellant had broken into a house with two other men. When they entered the house Becerra was carrying a knife. Cooper, one of the other accused, knew that Becerra was in possession of this weapon. He had asked to borrow it to cut the telephone wires leading to the house. The three men entered by the window. The occupant of the house, an elderly lady, began switching the bedroom light on and off, presumably to attract attention so that help might arrive. Cooper punched her and covered her head with a pillow. Becerra cut the wires of the telephone at the bedside.

Cooper then took the knife and went into the kitchen. Mr. Lewis, a neighbour, upon hearing the commotion below came downstairs. Becerra and the third man heard him, climbed out the window, and ran away. A struggle between Cooper and Lewis ensued. Lewis was stabbed four times and died as a consequence. Becerra was indicted for the murder of Lewis and convicted. He appealed his conviction on the ground that the trial judge erred in failing to properly put the defence of abandonment to the jury. The gist of his complaint was that the trial judge instructed the jury that the defence was not available to an accused who, in providing a weapon which he knows is for the purpose of at least occasioning bodily harm, merely quits the scene. The trial judge in fact went further and suggested that there was some obligation on Becerra to physically intervene in order to dissociate himself from Cooper's act.

The Court of Appeal unanimously upheld Becerra's conviction. Drawing upon the words of Sloan J.A. in *Whitehouse* the court found that Becerra was legally responsible for the acts of Cooper. The Court of Appeal did not find it

dans l'arrêt *Whitehouse* et a conclu qu'aucune preuve n'indiquait clairement que l'intention de renoncer à la fin commune avait été communiquée. Le juge Ritchie a également mentionné et approuvé l'arrêt de la Court of Criminal Appeal *R. v. Becerra and Cooper* (1975), 62 Cr. App. R. 212. Dans cette affaire, l'appelant était entré dans une maison avec deux autres hommes. Lorsqu'ils étaient entrés dans la maison, Becerra avait un couteau. Cooper, l'un des autres accusés, le savait. Il le lui avait emprunté pour couper les fils du téléphone de la maison. Les trois hommes étaient entrés par la fenêtre. La personne qui se trouvait dans la maison, une dame âgée, a commencé à faire clignoter la lumière de la chambre, vraisemblablement pour attirer l'attention et obtenir du secours. Cooper l'a frappée et lui a couvert la tête avec un oreiller. Becerra a coupé les fils du téléphone près du lit.

Cooper a ensuite pris le couteau et est allé dans la cuisine. M. Lewis, un voisin, a entendu l'agitation à l'étage inférieur et est descendu. Becerra et le troisième homme l'ont entendu, et se sont enfuis par la fenêtre. Il s'ensuivit une bagarre entre Cooper et Lewis. Lewis a été poignardé quatre fois et est mort par la suite. Becerra a été accusé du meurtre de Lewis et a été déclaré coupable. Il a interjeté appel de sa déclaration de culpabilité pour le motif que le juge du procès avait commis une erreur en ne donnant pas de directives appropriées au jury sur le moyen de défense de la renonciation. Son reproche portait essentiellement sur le fait que le juge du procès avait exposé au jury que le moyen de défense ne pouvait pas être invoqué par un accusé qui, ayant fourni une arme qu'il savait pouvoir servir au moins à causer des lésions corporelles, quitte simplement le lieu du crime. En fait, le juge du procès était allé plus loin et avait laissé entendre que Becerra avait une certaine obligation d'intervenir physiquement pour se dissocier de l'acte de Cooper.

La Cour d'appel, à l'unanimité, a maintenu la déclaration de culpabilité de Becerra. Sur le fondement des termes du juge Sloan dans l'arrêt *Whitehouse*, la cour a conclu que Becerra était légalement responsable des actes de Cooper. La Cour

necessary to decide whether the accused needed to physically intervene. Roskill L.J. said at p. 219:

On the facts of this case, in the circumstances then prevailing, the knife having already been used and being contemplated for further use when it was handed over by Becerra to Cooper for the purpose of avoiding (if necessary) by violent means the hazards of identification, if Becerra wanted to withdraw at that stage, he would have to "countermand", to use the word that is used in some of the cases or "repent" to use another word so used, in some manner vastly different and vastly more effective than merely to say "Come on, let's go" and go out through the window.

Commentators on the defence of abandonment appear to agree that a defendant will be held to a different standard depending upon the degree of his participation in the crime. Glanville Williams has suggested that where a defendant has acted positively to assist a crime beyond merely inciting or encouraging it, he must do his best to prevent its commission in order to escape liability. He says that the defendant must warn the victim or do something short perhaps of going to the police. This restriction upon the right of withdrawal is, he contends, an exception to the usual requirement that *mens rea* and *actus reus* be contemporaneous. "In effect the defendant is made liable for negligence in failing to prevent the crime": *Textbook of Criminal Law* (London 1983), at p. 364. This distinction has also been recognized by Professor Lanham ("Accomplices and Withdrawal" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 575). He too states as a principle that "Where the act [of] participation goes beyond encouragement, mere countermand may not be sufficient to exculpate the accused" (at p. 591).

Certain factors have been recognized as relevant to the determination of whether an accused's intention has been legally abandoned. Professor Lanham lists the questions to be considered by the court as follows at p. 575:

d'appel n'a pas jugé nécessaire de répondre à la question de savoir si l'accusé devait intervenir physiquement. Le lord juge Roskill a dit à la p. 219:

^a [TRADUCTION] D'après les faits de l'espèce, dans ces circonstances, le couteau ayant déjà été utilisé et étant conservé pour un usage ultérieur lorsqu'il a été confié par Becerra à Cooper dans le but d'éviter (si nécessaire) par des moyens violents les risques de l'identification, si ^b Becerra avait voulu se retirer à ce moment-là, il aurait dû donner un «contre-ordre», pour employer un terme qui est utilisé dans certains arrêts, ou «se repentir», pour employer un autre terme qui est utilisé, ce qui est très différent et beaucoup plus efficace que simplement dire ^c «allons, partons» et sortir par la fenêtre.

Les auteurs qui ont étudié le moyen de défense de la renonciation paraissent convenir qu'un défendeur sera tenu de satisfaire à une norme différente selon son degré de participation au crime. Glanville Williams a laissé entendre que lorsqu'un défendeur a fait quelque chose pour aider quelqu'un à perpétrer un crime, au-delà de la simple incitation et du simple encouragement, il doit faire son possible pour empêcher la perpétration du crime afin de ne pas en être tenu responsable. Il a dit que le défendeur doit avertir la victime ou accomplir un geste qui n'irait peut-être pas jusqu'à ^d se rendre à la police. Il soutient que cette limite au droit de se retirer est une exception à l'exigence habituelle selon laquelle la *mens rea* et l'*actus reus* doivent être simultanés. [TRADUCTION] «En réalité, le défendeur est tenu responsable de la négligence à prévenir le crime.» (*Textbook of Criminal Law* (London 1983)) à la p. 364. Cette distinction a également été reconnue par le professeur Lanham («Accomplices and Withdrawal» (1981), ^e 97 *L.Q. Rev.* 575). Il a également affirmé à titre de principe que [TRADUCTION] «Lorsque l'acte de participation va plus loin que l'encouragement, il se peut qu'un simple contre-ordre ne soit pas suffisant pour disculper l'accusé» (à la p. 591).

^f Certains facteurs ont été reconnus comme pertinents pour répondre à la question de savoir si un accusé a légalement renoncé à son intention. Le professeur Lanham énumère les points à considérer par le tribunal de la manière suivante à la p. ^g 575:

1. Must withdrawal be voluntary?
2. Is countermand necessary?
3. Is countermand sufficient?
4. Must countermand be express?
5. Must withdrawal be timely?
6. Is attempted withdrawal sufficient?
7. Must countermand be communicated to all principals?

Put more succinctly, the issue is, as Professor Manson says, the quality of the withdrawal. In "Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions" (1989), 14 *Queen's L.J.* 85, he put the matter this way at p. 95:

Looking at the defence of abandoned intention in respect of parties, the key issues relate to the quality of withdrawal from the original plan and whether more is required to exculpate. These questions take on different significance depending on the form of accomplice liability in issue and the particular circumstances of a given case.

I agree that it would not only be impossible but also inadvisable for the Court to attempt to set down precisely what should be required of an accused in order to demonstrate that he or she has withdrawn as an accomplice to an offence. I agree with Professor Manson that the issue is the quality of the withdrawal in relation to both the offence and the type of criminal participation in which the party has engaged. Of course, attempts to stop or prevent the commission of a crime which are insufficient to exculpate an accused may always be taken into consideration on sentencing: see Wasik, "Abandoning Criminal Intent", [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

In this case it was open to the jury to find that the participation of Kirkness went beyond mere encouragement. He had physically placed a chair in front of the door to prevent their activities in the house from being discovered. What evidence could the jury have relied upon to support a conclusion that he had effectively withdrawn himself? Kirkness took no steps to remove the chair or to otherwise intervene in Snowbird's domination of the victim. The only action upon which the accused relies to demonstrate his withdrawal is his

[TRANSDUCTION]

1. Le retrait doit-il être volontaire?
2. Un contre-ordre est-il nécessaire?
3. Le contre-ordre est-il suffisant?
4. Le contre-ordre doit-il être exprès?
5. Le retrait doit-il être fait en temps utile?
6. Une tentative de retrait est-elle suffisante?
7. Le contre-ordre doit-il être communiqué à tous les auteurs principaux?

En bref, comme l'a dit le professeur Manson, la question est la qualité du retrait. Dans l'article «Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions» (1989), 14 *Queen's L.J.* 85, il a présenté la question de la manière suivante, à la p. 95:

Si l'on examine le moyen de défense de l'intention abandonnée à l'égard des participants, les questions principales concernent la qualité du retrait du projet initial et la question de savoir s'il faut davantage pour se disculper. Ces questions ont une signification différente selon la forme considérée de responsabilité à titre de complice et les circonstances particulières d'une affaire.

Je suis d'accord qu'il serait non seulement impossible mais également inopportun pour le tribunal de tenter d'établir de manière précise ce qui devrait être exigé d'un accusé pour démontrer qu'il s'est retiré en tant que complice à une infraction. Je souscris à l'opinion du professeur Manson selon laquelle la question concerne la qualité du retrait relativement à l'infraction et au genre de participation criminelle adoptée par le participant. Évidemment, lors de la détermination de la peine, on pourra toujours tenir compte des tentatives faites pour arrêter ou empêcher la perpétration d'un crime qui sont néanmoins insuffisantes pour disculper un accusé: voir Wasik, «Abandoning Criminal Intent», [1980] *Crim. L. Rev.* 785.

En l'espèce, le jury pouvait conclure que la participation de Kirkness allait plus loin que le simple encouragement. Il avait matériellement placé une chaise devant la porte pour empêcher qu'on découvre leurs activités dans la maison. Sur quel élément de preuve le jury aurait-il pu se fonder pour conclure qu'il s'était effectivement retiré? Kirkness n'a rien fait pour enlever la chaise ou pour intervenir de quelque manière relativement à la domination de la victime par Snowbird. Le seul acte sur lequel l'accusé se fonde pour

act of saying to Snowbird, "stop that, you'll kill her". The question for the jury is whether this statement, if believed, is sufficient to negate Kirkness' participation in the crime.

6. Distinguishing Subs. 21(1) From Subs. 21(2)

The foregoing summary of the relevant law indicates, I believe, that there were two avenues along which the jury could have reached a conclusion that Kirkness was responsible in law for the death of Elizabeth Johnson. I wish to add a few remarks concerning the difference between the subs. (1) and subs. (2) routes.

According to Gillies on *Criminal Law* (Sydney 1985), at p. 140, the common intender rule was developed to simplify the rules of accessory liability for juries and was not created as an additional basis upon which to ground criminal liability. On the other hand, this Court has stated that subs. (1) and (2) of s. 21 are conceptually distinct. The essential difference between them was explained by McIntyre J., writing for the Court, in *R. v. Simpson*, [1988] 1 S.C.R. 3. He said at p. 15:

The two subsections of s. 21 deal with different circumstances. Subsection (1) applies to make everyone a party to an offence who commits it or who aids and abets in its commission. Subsection (2) covers the case where, in the absence of aiding and abetting, a person may become a party to an offence committed by another which he knew or ought to have known was a probable consequence of carrying out an unlawful purpose in common with the actual perpetrator.

Rose put the matter similarly at p. 65:

[Section 22(2)] is quite plainly intended to provide liability in the case of *consequential* offences which were not committed nor aided or abetted by the accused, but which *resulted* from the prosecution of the *original* offence . . . [Emphasis in original.]

It is my view that since aiders and abettors have been treated differently from common intenders by Parliament, some difference between these two subsections must be recognized.

démontrer sa renonciation est le fait qu'il ait dit à Snowbird, «arrête, tu vas la tuer». La question posée au jury est de savoir si cette déclaration, si on y accorde foi, est suffisante pour écarter la participation de Kirkness dans le crime.

6. Distinction entre le par. 21(1) et le par. 21(2)

Le résumé qui précède relativement au droit pertinent indique, à mon avis, que le jury pouvait arriver de deux façons à la conclusion que Kirkness était responsable en droit du décès d'Elizabeth Johnson. Je désire ajouter quelques observations concernant la différence qui existe entre le par. (1) et le par. (2).

Selon Gillies dans *Criminal Law* (Sydney 1985) à la p. 140, la règle des personnes qui forment un projet en commun a été élaborée pour simplifier les règles de responsabilité des complices pour les jurys et n'a pas été créée comme moyen additionnel d'établir la responsabilité criminelle. Par ailleurs, notre Cour a dit que les par. (1) et (2) de l'art. 21 énoncent des concepts distincts. Le juge McIntyre a expliqué quelle était la différence essentielle entre eux, dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la Cour dans l'arrêt *R. c. Simpson*, [1988] 1 R.C.S. 3. Il a dit à la p. 15:

Les deux paragraphes de l'art. 21 traitent de circonstances différentes. Le paragraphe (1) s'applique de façon à rendre partie à une infraction quiconque la commet ou aide ou encourage à la commettre. Le paragraphe (2) s'applique au cas où, bien qu'il n'y ait ni aide ni encouragement, une personne peut devenir partie à l'infraction commise par quelqu'un d'autre lorsqu'elle sait ou aurait dû savoir que l'infraction serait une conséquence probable de la poursuite d'une fin commune illégale avec celui qui l'a effectivement perpétrée.

Rose énonce la question d'une manière semblable à la p. 65:

[TRADUCTION] [Le paragraphe 22(2)] est de toute évidence destiné à prévoir la responsabilité dans le cas d'infractions *résultantes* que l'accusé n'a ni commises ni aidées ni encouragées mais qui *résultaient* de la poursuite de l'infraction *initiale* . . . [Italiques dans l'original.]

À mon avis, puisque les personnes qui aident et qui encouragent ont été traitées par le législateur de manière différente de celles qui forment ensemble un projet commun, il faut reconnaître une certaine différence entre ces deux paragraphes.

On the other hand, circumstances may undoubtedly arise in which it will be difficult to distinguish the applicability of the two subsections. Where an accused has aided or abetted the commission of some crime, party liability under subs. (1) follows where the crime which is ultimately committed is of the same type as the one in which the accused has assisted. Under subs. (2), on the other hand, party liability follows upon a finding that the offence actually committed was one which the accused knew or ought to have known would be a probable consequence of the commission of the contemplated offence in which he assisted. The difficult task for the jury in such cases is to distinguish between when the crime actually committed is of a similar type to that contemplated and when the crime actually committed is a probable consequence of the crime contemplated.

In my view, the difference between the two is that the doctrine of similarity was not intended to include situations where the principal committed another offence, even a probable one, in order to cover up his crime or to facilitate his escape. I believe that, in order to be an offence "of the type" within the meaning of s. 21(1), the committed offence must not only be similar but must be sufficiently contemporaneous with the contemplated offence. Section 21(2) is, in my view, reserved for those instances where there has been a break in time between the two offences and the offence actually committed follows after but as a consequence of the offence originally planned.

7. Did the Trial Judge Err in His Charge?

Contrary to the view expressed by my colleague Cory J., I do not believe that the trial judge adequately instructed the jury with regard to the possibility of convicting the appellant of manslaughter. The most telling evidence of this, in my view, is that the jury twice asked for clarification of the charge. Clearly, confusion existed.

Par ailleurs, il peut sans doute survenir des circonstances dans lesquelles il sera difficile d'établir une distinction entre l'applicabilité des deux paragraphes. Lorsqu'un accusé a aidé ou encouragé une autre personne à perpétrer un certain crime, il est tenu responsable à titre de participant au terme du par. (1) lorsque le crime finalement commis est du même genre que celui auquel l'accusé a fourni de l'aide. Aux termes du par. (2), par ailleurs, la responsabilité à titre de participant découle de la conclusion que l'accusé savait ou devait savoir que l'infraction réellement commise serait une conséquence probable de la perpétration de l'infraction projetée à laquelle il a apporté son aide. La tâche difficile qui incombe au jury dans de tels cas est d'établir une distinction entre le cas où le crime qui a réellement été commis est d'un genre semblable à celui qui était envisagé et le cas où le crime réellement commis est une conséquence probable du crime projeté.

À mon avis, la différence entre les deux tient à ce que la théorie du caractère similaire n'était pas destinée à viser les situations où l'auteur principal a commis une autre infraction, même si elle était probable, de manière à dissimuler son crime ou à faciliter son évasion. Je crois que, aux fins du par. 21(1), pour être «du même genre», il faut que l'infraction commise soit non seulement semblable à l'infraction envisagée mais aussi suffisamment contemporaine. Le paragraphe 21(2) est, à mon avis, réservé aux cas où il y a eu une rupture temporelle entre les deux infractions et où l'infraction réellement commise suit la première, mais comme conséquence de l'infraction initialement projetée.

7. Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son exposé?

Contrairement à l'opinion exprimée par mon collègue le juge Cory, je ne crois pas que le juge du procès ait donné au jury des directives adéquates sur la possibilité de déclarer l'appelant coupable d'homicide involontaire coupable. À mon avis, la meilleure preuve en est que le jury a demandé deux fois des précisions sur l'exposé. De toute évidence, il y avait confusion.

Beyond the fact of the jury's obvious confusion, it is also my opinion that the charge was misleading. As I hope I have demonstrated, the appellant could be held responsible for the death of the victim in either of two ways. In explaining these bases of liability, several fundamental errors were made by the trial judge.

First, with respect to the application of s. 21(1), the trial judge said:

Now, I instruct you that you may, not necessarily must, but you may consider that act [of placing the chair under the doorknob] as an act of aiding Snowbird in the commission of the offence of sexual assault on this old woman. You will then have to go on and consider whether Kirkness's state of knowledge was such that he was aware that death would ensue. If he was not, the act would not amount to aiding in either murder or manslaughter. [Emphasis added.]

This was the sum total of Scollin J.'s charge on the application of s. 21(1). While I agree with Cory J. that the trial judge did adequately instruct the jury on the distinction between first degree murder, second degree murder and manslaughter elsewhere in his charge, the portion of his charge that I have quoted was not only inadequate but clearly erroneous. First, it would have been preferable for Scollin J. to have defined the legal meaning of aiding and abetting. Second, the trial judge made no mention of the "type of offence" rule which I have set out. Third, and more importantly, if the jury found that Kirkness had aided the sexual assault, the question for the jury was not whether Kirkness was aware that death would ensue, but rather whether he was aware that bodily harm would have been the result. Scollin J. was, in my view, quite wrong in his explanation of the mental element to be established for a conviction of manslaughter. I believe that had these errors and omissions not been made, the verdict might not necessarily have been the same.

With respect to the application of the common intent section, it is also my view that the charge

Outre la confusion évidente du jury, je suis également d'avis que les directives étaient trompeuses. Comme j'espère l'avoir démontré, l'appellant pouvait être tenu responsable du décès de la victime de deux manières. En expliquant ces fondements de la responsabilité, le juge du procès a fait plusieurs erreurs fondamentales.

Premièrement, en ce qui a trait à l'application du par. 21(1), le juge du procès a dit:

[TRADUCTION] Maintenant, je vous donne comme directive que vous pouvez, mais ne devez pas nécessairement, mais que vous pouvez tenir compte de cet acte [placer la chaise sous la poignée de porte] comme un acte destiné à aider Snowbird dans la perpétration de l'infraction d'agression sexuelle contre cette dame âgée. Vous devrez alors continuer et examiner si Kirkness avait une connaissance suffisante pour savoir que le décès en découlerait. S'il ne l'avait pas, l'acte n'équivaudrait pas à fournir de l'aide dans la perpétration du meurtre ou de l'homicide involontaire coupable. [Je souligne.]

C'est tout ce que dit l'exposé du juge Scollin sur l'application du par. 21(1). Bien que, comme le juge Cory, j'estime que le juge du procès a donné des directives adéquates au jury sur la distinction qui existe entre le meurtre au premier degré, le meurtre au deuxième degré et l'homicide involontaire coupable ailleurs dans son exposé, la partie de l'exposé que j'ai citée était non seulement inadéquate mais clairement erronée. Premièrement, il aurait été préférable que le juge Scollin définisse le sens juridique de l'aide et de l'encouragement. Deuxièmement, le juge du procès n'a nullement mentionné la règle sur le «genre d'infraction» que j'ai énoncée. Troisièmement, et plus important encore, si le jury a conclu que Kirkness avait aidé à la perpétration de l'agression sexuelle, la question à laquelle il devait répondre n'était pas de savoir si Kirkness savait que le décès en découlerait, mais plutôt s'il savait que des lésions corporelles en résulteraient. À mon avis, le juge Scollin a mal expliqué l'élément moral à établir pour parvenir à une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. Je crois que, sans ces erreurs et ces omissions, le verdict n'aurait pas nécessairement été le même.

En ce qui a trait à l'application de l'article sur l'intention commune, je suis également d'avis que

was erroneous and misleading. My colleague has set out the portion of the charge dealing with the applicability of s. 21(2) if the jury were to find that the common purpose consisted only of the breaking and entering. I have no quarrel with this. However, later in the trial the jury asked for clarification. A discussion between counsel and the court ensued. Two matters were addressed.

First, a question arose respecting the defence of withdrawal. Scollin J. disagreed with the suggestion of Crown counsel that if Kirkness was a party to the sexual assault then he had some legal duty to extricate himself. The trial judge refused to place the issue before the jury. While I am loath to cast the issue in terms of there being a legal duty on Kirkness, it is my opinion that the abandonment defence needed to be explained to the jury and that the trial judge was in error in failing to do so.

The second question revolved around the common intent issue. Whether the common purpose could have consisted of the sexual assault as opposed to only the break and enter was discussed with counsel. The jury was brought back in and Scollin J. charged them as follows:

... was an implied or implicit common intention then formed by these two to help each other in the carrying out of the sexual assault? Was that the net result of it? Was that the result in reality? You will have to ask yourself that. If it was, then the consequence is:

“Where two or more persons form an intention in common . . .”

and it needn't be by written agreement, it can be by conduct,

“ . . . to carry out an unlawful purpose . . .”

and here the unlawful purpose, in that situation, is the sexual assault by Snowbird. If they form this intention in common to carry out this unlawful purpose,

“ . . . and to assist each other . . .”

is that also implicit and you draw that conclusion,

“ . . . therein and any one of them, in carrying out the common purpose . . .”

les directives étaient erronées et trompeuses. Mon collègue a énoncé la partie de l'exposé qui traite de l'application du par. 21(2) si le jury devait conclure que le projet commun consistait uniquement en l'introduction par effraction. Je ne le conteste pas. Toutefois, un peu plus tard pendant le procès, le jury a demandé des explications. Il y a eu discussion entre les avocats et le juge. Deux questions ont été abordées.

Premièrement, on a parlé de la défense de renonciation. Le juge Scollin a exprimé son désaccord avec l'argument du ministère public selon lequel si Kirkness était un participant à l'agression sexuelle alors il avait une certaine obligation juridique de s'en dégager. Le juge du procès a refusé de présenter la question au jury. Bien que je ne sois pas disposée à poser la question en termes d'obligation juridique imposée à Kirkness, je suis d'avis que le moyen de défense de la renonciation devait être expliqué au jury et que le juge du procès a commis une erreur en omettant de le faire.

La deuxième question était celle de l'intention commune. La question de savoir si le projet commun était l'agression sexuelle par opposition à l'introduction par effraction seulement a fait l'objet d'une discussion avec les avocats. Le jury a été rappelé et le juge Scollin lui a donné les directives suivantes:

[TRADUCTION] . . . ces deux personnes avaient-elles une intention commune de s'aider mutuellement dans la perpétration de l'agression sexuelle? Était-ce le résultat final de cet acte? Était-ce le résultat réel? Vous devrez vous poser cette question. Si c'est le cas, alors la conséquence est la suivante:

«Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet . . .»

et il n'est pas nécessaire qu'il y ait un accord écrit, cela peut être fait par la conduite,

« . . . de poursuivre une fin illégale . . . »

et, en l'espèce, la fin illégale, dans cette situation, est l'agression sexuelle commise par Snowbird. S'ils forment ensemble le projet de poursuivre cette fin illégale,

« . . . et de s'y entraider . . . »

Est-ce également implicite? Vous tirez cette conclusion,

« . . . et que l'une d'entre elles . . . en réalisant cette fin commune . . . »

of sexual assault,

“... commits an offence...”

Now, this would be if death resulted from the sexual assault.

“... commits an offence...”

or whatever it would be, murder, first degree; murder, second degree; or manslaughter. If the death occurs right and directly because of that sexual assault, ought Kirkness to have known, in those circumstances, that that killing, ... would be a probable consequence of the sexual assault?

If you dismiss the sexual assault, itself, that bodily harm applied at that point, if you dismiss that as the cause of death, if you are not satisfied beyond a reasonable doubt that that was how death occurred but it occurred later on because of suffocation, then if you dismiss that as the cause of death, the actual sexual assault, itself, then there can be no liability for murder or manslaughter on the part of Kirkness simply because he placed a chair against the door. [Emphasis added.]

Liability under s. 21(2) does not require the accused to assist directly in the act causing the death. It is sufficient, with certain limitations, that manslaughter was a probable consequence of the offence in which the accused aided or abetted. The trial judge, by posing the question in terms of whether the sexual assault caused the death, improperly implied that if Kirkness did not directly assist in the act which caused the death of the victim, i.e., the suffocation, then he could not be held responsible for the death of the victim.

My colleague appears to agree with this. I do not. In my respectful view, the question for the jury never was whether the sexual assault caused the death. Rather the question was whether Kirkness aided or abetted Snowbird in a crime which was of the type which could have caused bodily harm or whether bodily harm could have resulted as a consequence of carrying out the sexual assault. This is a point of fundamental importance which I believe was lost on the jury because of the trial judge's misdirection.

d'agression sexuelle,

«... commet une infraction...»

Maintenant, cela serait le cas si le décès résultait de l'agression sexuelle.

^a «... commet une infraction...»

ou quoi que ce soit, meurtre au premier degré; au deuxième degré; ou homicide involontaire coupable. Si la mort résulte directement de cette agression sexuelle, Kirkness aurait-il dû savoir, dans ces circonstances, que cet acte, ... serait une conséquence probable de l'agression sexuelle?

^c Si vous écarterez l'agression sexuelle, elle-même, que les lésions corporelles s'appliquaient à ce point, si vous l'écartez comme cause du décès, si vous n'êtes pas convaincus hors de tout doute raisonnable que c'est de cette manière que le décès s'est produit mais qu'il s'est produit ultérieurement en raison de l'étouffement, alors si vous l'écartez comme cause du décès, l'agression sexuelle réelle, elle-même, alors Kirkness ne peut pas être tenu responsable du meurtre ni d'homicide involontaire coupable simplement parce qu'il a placé une chaise contre la porte. [Je souligne.]

^e La responsabilité prévue au par. 21(2) n'exige pas que l'accusé aide directement à la perpétration de l'acte qui a entraîné le décès. Il suffit, avec certaines restrictions, que l'homicide involontaire coupable ait été une conséquence probable de l'infraction à l'égard de laquelle l'accusé a fourni de l'aide ou de l'encouragement. En disant qu'il s'agissait de savoir si l'agression sexuelle avait causé le décès, le juge du procès a incorrectement sous-entendu que si Kirkness n'avait pas directement aidé à la perpétration de l'acte qui a causé la mort de la victime, c'est-à-dire l'étouffement, alors il ne pouvait pas être tenu responsable de la mort de la victime.

^h Mon collègue paraît souscrire à cette opinion. Je ne puis le faire. À mon humble avis, la question à laquelle devait répondre le jury n'a jamais été de savoir si l'agression sexuelle avait causé le décès. La question était plutôt de savoir si Kirkness avait aidé ou encouragé Snowbird à commettre un crime qui était du genre qui aurait pu causer des lésions corporelles, ou de savoir si des lésions corporelles auraient pu résulter comme conséquence de l'agression sexuelle. Il s'agit d'un point fondamentalement important que, à mon avis, le jury n'a pu apprécier en raison des directives erronées du juge du procès.

8. Disposition

I would dismiss the appeal and confirm the Court of Appeal's order of a new trial for the accused on a charge of manslaughter.

Appeal allowed, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Kaufman, Cassidy, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

8. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel relativement au nouveau procès de l'accusé sur une accusation d'homicide involontaire coupable.

Pourvoi accueilli, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.

Procureurs de l'appelant: Kaufman, Cassidy, Winnipeg.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

National Bank of Canada *Appellant*

v.

Normand Houle, Réjean Houle, Rolland Houle and Bruno Houle *Respondents*

INDEXED AS: HOULE v. CANADIAN NATIONAL BANK

File No.: 20634.

1990: May 3; 1990: November 22.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil responsibility — Abuse of contractual rights — Criteria — Type of liability: contractual or delictual — Liability to third parties — Civil Code of Lower Canada, arts. 1024, 1053.

Civil responsibility — Bank — Abuse of contractual rights — Liability to third party — Bank liquidating company's assets only three hours after demanding payment of company's loan — Bank aware at the time of shareholders' negotiations to sell their shares of company — Shares sold at reduced price following liquidation of company's assets — Shareholders suing bank for difference between value of shares before liquidation of company's assets and amount obtained from sale — Whether there has been an abuse by the bank of its contractual right to realize on its security — Whether shareholders have a right of action against the bank based on company's contract or on art. 1053 C.C.L.C.

Company law — Lifting of corporate veil — Bank liquidating company's assets only three hours after demanding payment of company's loan — Bank aware at the time of shareholders' negotiations to sell their shares of company — Shares sold at reduced price following liquidation of company's assets — Shareholders suing bank for difference between value of shares before liquidation of company's assets and amount obtained from sale — Family business — Long-term financial relationship between bank and shareholders — Personal guarantees given by shareholders to secure company's loan — Whether shareholders have a right of action against bank for damage

* Chief Justice at the time of judgment.

Banque Nationale du Canada *Appelante*

c.

Normand Houle, Réjean Houle, Rolland Houle et Bruno Houle *Intimés*

RÉPERTORIÉ: HOULE c. BANQUE CANADIENNE NATIONALE

N° du greffe: 20634.

1990: 3 mai; 1990: 22 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Responsabilité civile — Abus de droits contractuels — Critères — Type de responsabilité: contractuelle ou délictuelle — Responsabilité envers des tiers — Code civil du Bas-Canada, art. 1024, 1053.

Responsabilité civile — Banques — Abus de droits contractuels — Responsabilité envers des tiers — Liquidation par la banque de l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt — Banque alors au courant des négociations entreprises par les actionnaires pour vendre les actions de la compagnie — Actions vendues à un prix réduit après la liquidation de l'actif de la compagnie — Poursuites intentées par les actionnaires contre la banque pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente — La banque a-t-elle abusé de son droit contractuel de réaliser sa garantie? — Les actionnaires ont-ils un droit d'action contre la banque en vertu du contrat conclu par la compagnie ou en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C.?

Droit des compagnies — Levée du voile corporatif — Liquidation par la banque de l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt — Banque alors au courant des négociations entreprises par les actionnaires pour vendre les actions de la compagnie — Actions vendues à un prix réduit après la liquidation de l'actif de la compagnie — Poursuites intentées par les actionnaires contre la banque pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente — Entreprise familiale — Longues relations d'affaires entre la banque et les actionnaires — Prêt de la compagnie garanti

* Juge en chef à la date du jugement

caused to company — Whether appropriate case to lift corporate veil.

Damages — Additional indemnity — Motion for additional indemnity filed in Supreme Court of Canada after prescribed time — Whether motion should be granted — Civil Code of Lower Canada, art. 1056c — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48 — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29.

Appellant bank had done business with the respondents' family and their company for over 50 years. In order to modernize, the company approached the bank for financing and by October 1973 had a rotating line of credit of \$700,000 and a letter of credit of \$100,000. As security, the bank held letters of surety supplied by the respondents—the sole shareholders of the company—, by their mother, and security under s. 88 of the *Bank Act*. The bank also obtained a trust deed on all the movable and immovable assets of the company. In December 1973, the respondents commenced negotiations with an interested company to sell their shares in their company for \$ 1,000,000. The bank was aware of these negotiations. The next month, the company asked the bank to increase its rotating line of credit to \$900,000. The bank instructed an accounting firm to study the financial situation of the company and, following the report, decided to call in the loan and realize on the guarantees. The accounting firm's representative went to the company and attempted to obtain an additional investment from the respondents, promising that the bank would increase the company's line of credit. The representative also informed the respondents that the loan had been called in and that a notice to that effect would soon be served on them. With no agreement reached after an hour, the notice was served. The bank immediately took possession of the company's assets and liquidated them in less than three hours. A few weeks later, the respondents sold their shares of the company to the company with whom they had been negotiating for \$300,000. The respondents then took action against the bank in the Superior Court for \$700,000, claiming that their loss was solely due to the bank's abusive conduct in the sudden possession and liquidation of the company's assets. The Court found that the bank was at fault for not having given the company enough time to meet its demand for payment and also held that this was an appropriate case to lift the corporate veil. Even though it was the company which had contracted with the bank, the company was only an intermediary between the bank and the respondents. The court main-

personnellement par les actionnaires — Les actionnaires ont-ils un droit d'action contre la banque pour le préjudice causé à la compagnie? — Y a-t-il lieu de «lever le voile corporatif»?

a Dommages-intérêts — Indemnité additionnelle — Demande d'indemnité additionnelle présentée en Cour suprême du Canada après les délais prescrits — Faut-il accueillir la demande? — Code civil du Bas-Canada, art. 1056c — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48 — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29.

La banque appelante avait fait affaires avec la famille des intimés et leur compagnie pendant plus de cinquante ans. En vue de se moderniser, la compagnie avait pris contact avec la banque pour obtenir un financement et, en octobre 1973, la compagnie disposait d'une marge de crédit de 700 000 \$ et d'une lettre de crédit de 100 000 \$. À titre de sûreté, la banque détenait des lettres de cautionnement fournies par les intimés, qui étaient les seuls actionnaires de la compagnie, et par leur mère, en plus d'une garantie en vertu de l'art. 88 de la *Loi sur les banques*. La banque avait aussi obtenu un acte de fiducie sur tous les actifs mobiliers et immobiliers de la compagnie. En décembre 1973, les intimés ont engagé des négociations, avec une société intéressée, en vue de vendre leurs actions dans la compagnie pour la somme de 1 000 000 \$. La banque était au courant de ces négociations. Le mois suivant, la compagnie a demandé à la banque de porter sa marge de crédit à 900 000 \$. La banque a donné mandat à un cabinet d'experts comptables d'examiner la situation financière de la compagnie et, sur rapport de ce cabinet, a décidé de rappeler le prêt et de réaliser les garanties. Le représentant du cabinet d'experts comptables a pris contact avec la compagnie et a tenté d'obtenir des intimés un investissement additionnel, promettant que la banque augmenterait leur marge de crédit. Le représentant a aussi informé les intimés que le prêt avait été rappelé et qu'une mise en demeure leur serait bientôt transmise. Aucun accord n'ayant été conclu après une heure de négociation, la mise en demeure a été signifiée. La banque a alors immédiatement pris possession des actifs de la compagnie et a procédé à leur liquidation en moins de trois heures. Quelques semaines plus tard, les intimés ont vendu leurs actions de la compagnie à la société avec laquelle ils avaient entamé des négociations, pour le prix de 300 000 \$. Les intimés ont poursuivi la banque en Cour supérieure pour la somme de 700 000 \$, alléguant que leur perte était entièrement attribuable à la conduite abusive de la banque dans la prise de possession et la liquidation intempestives des actifs de la compagnie. La cour a conclu que la banque avait

tained the action and awarded the respondents damages in the amount of \$250,000—the difference between the real value of the shares at the time of the repossession of the company's assets and the price obtained by the respondents for their shares. The Court of Appeal affirmed the judgment and the bank was granted leave to appeal to this Court. The respondents later filed a motion requesting the additional indemnity provided for by art. 1056c *C.C.L.C.* The motion was filed without opposition but beyond the time limit provided for in Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*.

Held: The appeal should be dismissed.

(1) *Abuse of Contractual Rights*

The doctrine of abuse of contractual rights is part of Quebec civil law. The doctrine serves the important social as well as economic function of controlling the exercise of contractual rights and is consistent with today's trend towards a just and fair approach to rights and obligations. Bad faith or malice in the exercise of a contractual right is no longer the only criterion for assessing whether such a right has been abused. The standard of the prudent and reasonable individual can also form the basis for liability resulting from an abuse of contractual rights. An abuse of rights may occur when the contractual right is not exercised in a reasonable manner, i.e. in accordance with the rules of equity and fair play. The abuse of a contractual right gives rise to contractual liability. This liability is based on art. 1024 *C.C.L.C.* and the underlying principle of good faith in the execution of contracts. Since the abuse of a contractual right gives rise to contractual liability, it follows that only the parties to the contract may claim for the breach of that contractual obligation (art. 1023 *C.C.L.C.*). The fact that two parties have contracted, however, does not shield them from their extra-contractual responsibilities to those outside the contractual sphere. In order to find delictual liability between a contracting party and a third party, there must exist, independently of the contract, a legal obligation deriving from art. 1053 *C.C.L.C.*

In this case, it is not contested that the bank had the contractual rights to recall the loan on demand and to

commis une faute en ne donnant pas à la compagnie un délai suffisant pour obtempérer à sa demande de paiement et elle a aussi conclu qu'il y avait lieu, dans ce cas, de lever le voile corporatif. Même si c'était la compagnie qui avait contracté avec la banque, celle-ci n'était qu'un intermédiaire entre la banque et les intimés. La Cour supérieure a donné gain de cause aux intimés et leur a accordé des dommages-intérêts de 250 000 \$—la différence entre la valeur réelle des actions au moment de la saisie des actifs de la compagnie et le prix que les intimés en ont obtenu. La Cour d'appel a confirmé ce jugement et la banque a reçu l'autorisation de se pourvoir à notre Cour. Les intimés ont demandé plus tard que leur soit accordée l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c *C.c.B.-C.* La demande a été faite sans opposition, mais hors des délais prévus à l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'abus des droits contractuels*

La théorie de l'abus des droits contractuels fait partie du droit civil québécois. Cette théorie remplit une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle de l'exercice des droits contractuels, et s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité. La mauvaise foi et la malice dans l'exercice d'un droit contractuel ne sont plus les critères exclusifs pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Le critère de l'individu prudent et diligent peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel. Il peut y avoir abus d'un droit contractuel lorsque celui-ci n'est pas exercé de manière raisonnable, c'est-à-dire selon les règles de l'équité et de la loyauté. L'abus d'un droit contractuel engendre une responsabilité contractuelle. Cette responsabilité a source dans l'art. 1024 *C.c.B.-C.* et dans le principe implicite de la bonne foi dans l'exécution des contrats. Puisque l'abus d'un droit contractuel donne ouverture à la responsabilité contractuelle, seules les parties au contrat peuvent se plaindre de la violation de cette obligation contractuelle (art. 1023 *C.c.B.-C.*). Le fait que deux parties aient contracté ne les met pas à l'abri de la responsabilité extra-contractuelle qu'elles peuvent encourir à l'extérieur de la sphère contractuelle. Pour qu'il y ait responsabilité délictuelle d'une partie contractante envers un tiers il faut que, indépendamment du contrat, il existe une obligation juridique en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.*

En l'espèce, personne ne conteste que la banque avait le droit de rappeler le prêt sur demande et de réaliser ses

realize on its security without notice. The bank exercised its right to recall the loan after a reasoned decision, based on objective economic factors, and there is no evidence that there were any extraneous considerations to that decision. While the recalling of the loan was not in itself an abuse of the bank's contractual rights, the quick liquidation of the company's assets did amount to an abuse of rights. A creditor should not realize its securities or take possession of assets before giving the debtor, depending on the circumstances of each case, a reasonable time to meet its obligations. By liquidating the assets only three hours after demanding payment of the loan, the bank effectively prevented any chance of the company's meeting its obligations. The bank acted in a sudden, impulsive, and detrimental manner, particularly considering that there was never any warning that the bank was concerned about its loan and there was only a low risk of losing money or security, at least in the short term. The respondents, however, as shareholders, were not parties to the contract between the bank and the company and, as such, had no right of action against the bank based on that contract for the abuse by the bank of a contractual right. Nor do they have a right of action based on a contract between themselves and the bank. The respondents did sign letters of surety to guarantee the loans, but they were never called upon to honour such guarantees when the bank called in its loan and liquidated the company's assets. Finally, there is no particular factor in this case which would justify the lifting of the corporate veil. Notwithstanding the "family" nature of the business, the family members chose a corporate structure rather than doing business in their own name. The sureties provided by the respondents are common in financial relations involving small corporations. By choosing the benefits of a corporate structure, the respondents must be prepared to accept the necessary consequences: a shareholder has no action against the person who causes damage to the company.

As third parties, the respondents have a claim against the bank based on delictual responsibility. The bank's impulsive repossession and liquidation of the company's assets, while fully aware of the respondents' imminent sale of their shares, was a fault entailing its liability for the ensuing direct and immediate damage caused to the shareholders. The bank had a duty to act in a prudent and diligent manner, as any individual, in order to avoid prejudice to the respondent shareholders. There is nothing in the record to indicate that the bank could not have granted a reasonable time before taking possession

garanties sans préavis. La banque a exercé son droit de rappeler le prêt après une décision raisonnée fondée sur des critères économiques objectifs et aucune preuve n'indique que cette décision ait été influencée par des considérations extérieures. Bien que le rappel du prêt n'ait pas constitué en lui-même un abus des droits contractuels de la banque, la liquidation précipitée de l'actif de la compagnie a constitué un abus de droit. Un créancier ne doit pas réaliser ses garanties ou prendre possession de l'actif avant de donner au débiteur, selon les circonstances, un délai raisonnable pour qu'il puisse s'acquitter de ses obligations. En liquidant les actifs trois heures seulement après avoir demandé le paiement du prêt, la banque a privé la compagnie de toute possibilité d'exécuter ses obligations. La banque a agi de façon soudaine, impulsive et dommageable compte tenu en particulier du fait qu'elle n'avait jamais donné d'avertissement quant aux inquiétudes qu'elle pouvait entretenir à propos de son prêt, et compte tenu du faible risque, du moins dans l'immédiat, de perte de la créance ou des garanties. Cependant, les intimés, en qualité d'actionnaires, n'étaient pas parties au contrat intervenu entre la banque et la compagnie et n'ont à ce titre, contre la banque, aucun droit d'action fondé sur le contrat pour abus de ses droits contractuels. Ils n'ont pas non plus de droit d'action fondé sur un contrat intervenu entre eux et la banque. Les intimés ont signé des lettres de cautionnement pour garantir les prêts mais ils n'ont jamais été appelés à honorer ces garanties lorsque la banque a rappelé son prêt et liquidé les actifs de la compagnie. Enfin, aucun élément particulier en l'espèce ne justifierait la levée du voile corporatif. Malgré le caractère familial de l'entreprise, les membres de la famille ont choisi la formule corporative plutôt que de faire affaires sous leur nom personnel. Les garanties qu'ont fournies les intimés sont monnaie courante dans les transactions commerciales auxquelles sont parties les petites corporations. En choisissant de se prévaloir des avantages qu'offre la constitution en société, les intimés doivent être prêts à en accepter les conséquences: l'actionnaire n'a pas de recours contre celui qui cause un préjudice à la compagnie.

À titre de tiers, les intimés ont un recours contre la banque fondé sur la responsabilité délictuelle. En agissant de façon impulsive et dommageable pour prendre possession des actifs de la compagnie et les vendre tout en étant pleinement au courant de la vente imminente des actions des intimés, la banque a commis une faute qui engage sa responsabilité pour le préjudice direct et immédiat ainsi causé aux actionnaires. La banque, comme toute personne, avait le devoir d'agir de façon prudente et diligente pour éviter de causer préjudice aux actionnaires intimés. Aucun élément au dossier n'indi-

of the assets and liquidating them. Although the obligation to repay the loan and the right to recall it formed part of the contract between the bank and the company, no obligation of diligence towards the shareholders arose from the contract itself. Such an obligation arose from art. 1053 C.C.L.C. in light of the facts of this case. In addition to and independently of any damage the company itself may have incurred, the respondents had a direct, personal, financial interest at stake. It was the potential sale value of their shares that was damaged, a value that the respondents were on the point of enjoying personally. It was the bank's precipitous action in liquidating the company's assets that directly caused the respondents' loss. A more reasonable time period might have given the respondents the opportunity to sell their shares at the fair market value. The bank, therefore, breached its legal obligation towards the respondents under art. 1053 C.C.L.C. and must be found liable for the damage suffered by them, in the amount determined by the trial judge.

(2) *Article 1056c C.C.L.C.*

Respondents' failure to give the required notice is not fatal to their request for the additional indemnity provided for in art. 1056c C.C.L.C., since s. 48 of the *Supreme Court Act* allows for amendments whenever necessary for the purposes of the appeal. This section also indicates that such a motion may be granted even if there was error or neglect on the part of the applicant. Accordingly, s. 48 of the Act, read in conjunction with Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, entitles this Court to grant respondents' motion, particularly since the issue was fully canvassed both in the factums and in oral argument and since no prejudice has been demonstrated. Further, while the granting of the additional indemnity is discretionary, it should be awarded where, as in this case, there is no valid reason to deny it.

Cases Cited

Referred to: *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22; *Boisjoli v. Goebel*, [1982] C.S. 1; Colmar, May 2, 1855, D.P. 1856.2.9 (*Doerr v. Keller*); *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Blais v. Giroux*, [1958] C.S. 569; *Laperrière v. Lemieux*, [1958] R.L. 228; *Quaker Oats Co. of Canada v. Côté*, [1949] Que. K.B. 389; *St-Laurent v. Lapointe*, [1950] Que. K.B. 229;

que que la banque était dans l'impossibilité d'accorder un délai raisonnable avant de prendre possession des actifs et de les liquider. Bien que l'obligation de rembourser le prêt ainsi que le droit de rappeler ce prêt fassent partie du contrat intervenu entre la banque et la compagnie, ce contrat ne créait en lui-même aucune obligation de diligence au profit des actionnaires. Cette obligation découlait de l'art. 1053 C.c.B.-C., compte tenu des faits de l'espèce. En plus et indépendamment de tout préjudice qu'a pu subir la compagnie elle-même, les intimés avaient un intérêt financier direct et personnel en jeu. C'est à la valeur potentielle de leurs actions à la revente qu'on a porté atteinte, valeur dont les intimés étaient sur le point de jouir personnellement. C'est l'action précipitée de liquidation des actifs de la compagnie qui a directement causé la perte subie par les intimés. Un délai plus raisonnable aurait peut-être permis aux intimés de vendre leurs actions à leur juste valeur marchande. En conséquence, la banque a manqué à l'obligation qu'elle avait envers les intimés en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C. et elle doit être tenue responsable du préjudice causé aux intimés, pour la somme fixée par le juge de première instance.

(2) *L'article 1056c C.c.B.-C.*

Le défaut de donner l'avis requis n'est pas fatal à la requête des intimés en vue d'obtenir l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c C.c.B.-C. puisque l'art. 48 de la *Loi sur la Cour suprême* permet de procéder aux amendements nécessaires aux fins du pourvoi. Cet article indique aussi qu'une telle requête peut être accordée même s'il y a eu erreur ou négligence de la part du requérant. En conséquence, il ressort de la combinaison de l'art. 48 de la Loi et de l'art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada* que la Cour a le pouvoir d'accueillir la requête des intimés, d'autant plus que la question a été pleinement débattue dans les mémoires et dans les plaidoiries orales et qu'aucun préjudice n'a été démontré. De plus, malgré son caractère discrétionnaire, cette indemnité devrait être accordée à moins qu'il n'y ait un motif valide de la refuser.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22; *Boisjoli c. Goebel*, [1982] C.S. 1; Colmar, 2 mai 1855, D.P. 1856.2.9 (*Doerr c. Keller*); *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334; *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149; *Blais v. Giroux*, [1958] C.S. 569; *Laperrière c. Lemieux*, [1958] R.L. 228; *Quaker Oats Co. of Canada v. Côté*, [1949] B.R. 389; *St-Laurent v. Lapointe*, [1950] B.R. 229; *Fiorito v.*

Fiorito v. Contingency Insurance Co., [1971] C.S. 1; *Noivo Automobile Inc. v. Mazda Motors Canada Ltd.*, [1974] C.S. 385; *Latreille Automobile Ltée v. Volvo (Canada) Ltd.*, [1978] C.S. 191; *Godbout v. Provi-Soir Inc.*, [1986] R.L. 212; *Equipements Select Inc. v. Banque Nationale du Canada*, [1987] R.R.A. 99; *White v. Banque Nationale du Canada*, [1986] R.R.A. 207; *Miville v. Québec (Ville de)*, J.E. 82-609; *Langlois v. Farr Inc.*, [1988] R.J.Q. 2682; *Des Cheneaux v. Miron Inc.* (1987), 20 Q.A.C. 157; *Caisse populaire de Baie St-Paul v. Simard*, J.E. 85-943; *Stewart v. Standard Broadcasting Corp.*, J.E. 90-75; *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1973] C.S. 220; *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Marcotte v. Assomption Cie mutuelle d'assurance-vie*, [1981] C.S. 1102; *Macaulay v. Imperial Life Assurance Co. of Canada*, J.E. 84-423; *Drouin v. Électrolux Canada Ltée Division de les Produits C.F.C. Ltée*, [1988] R.J.Q. 950; *Germain v. Sergaz Inc.*, J.E. 81-334; *Caisse populaire St-Simon de Drummond v. Lalumière*, J.E. 82-1105; *Carignan v. Infasco Division Ivaco Inc.*, J.E. 89-286; *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554; *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578; *Ross v. Dunstall* (1921), 62 S.C.R. 393; *Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] S.C.R. 168; *Bernard v. Cloutier*, [1982] C.A. 289; *Pole Lite Ltée v. Banque Provinciale du Canada*, [1984] C.A. 170; *Banque Royale du Canada v. Nettoyeur Terrebonne (1985) Inc.*, J.E. 88-61; *Charland v. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, J.E. 86-142; *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726; *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13; *Toms v. Wilson* (1862), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524; *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.), rev'd (1983), 44 O.R. (2d) 368 (C.A.); *Vicply Inc. v. Royal Bank of Canada*, [1989] R.R.A. 11; *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Silverman v. Heaps*, [1967] C.S. 536; *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2; *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866; *Trottier v. British American Oil Ltd.*, [1977] C.A. 576; *Godin v. Trempe*, J.E. 85-822.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada, arts. 1023, 1024, 1040a [ad. 1964, c. 67, s. 1], 1053, 1056c [ad. 1956-57, c. 16, s. 1; am. 1971, c. 85, s. 10], 1065, 1070, 1075, 1141, 1152.
Civil Code of Quebec [am. 1987, c. 18, s. 1], arts. 6, 7 [not yet in force].

Contingency Insurance Co., [1971] C.S. 1; *Noivo Automobile Inc. v. Mazda Motors Canada Ltd.*, [1974] C.S. 385; *Latreille Automobile Ltée c. Volvo (Canada) Ltd.*, [1978] C.S. 191; *Godbout c. Provi-Soir Inc.*, [1986] R.L. 212; *Equipements Select Inc. c. Banque Nationale du Canada*, [1987] R.R.A. 99; *White c. Banque Nationale du Canada*, [1986] R.R.A. 207; *Miville c. Québec (Ville de)*, J.E. 82-609; *Langlois c. Farr Inc.*, [1988] R.J.Q. 2682; *Des Cheneaux c. Miron Inc.* (1987), 20 Q.A.C. 157; *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, J.E. 85-943; *Stewart c. Standard Broadcasting Corp.*, J.E. 90-75; *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1973] C.S. 220; *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339; *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429; *Marcotte c. Assomption Cie mutuelle d'assurance-vie*, [1981] C.S. 1102; *Macaulay c. Imperial Life Assurance Co. of Canada*, J.E. 84-423; *Drouin c. Électrolux Canada Ltée Division de les Produits C.F.C. Ltée*, [1988] R.J.Q. 950; *Germain c. Sergaz Inc.*, J.E. 81-334; *Caisse populaire St-Simon de Drummond c. Lalumière*, J.E. 82-1105; *Carignan c. Infasco Division Ivaco Inc.*, J.E. 89-286; *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554; *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; *Ross v. Dunstall* (1921), 62 R.C.S. 393; *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168; *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289; *Pole Lite Ltée c. Banque Provinciale du Canada*, [1984] C.A. 170; *Banque Royale du Canada c. Nettoyeur Terrebonne (1985) Inc.*, J.E. 88-61; *Charland c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, J.E. 86-142; *Ronald Elwyn Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726; *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13; *Toms v. Wilson* (1862), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524; *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.), inf. (1983), 44 O.R. (2d) 368 (C.A.); *Vicply Inc. c. Royal Bank of Canada*, [1989] R.R.A. 11; *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Silverman v. Heaps*, [1967] C.S. 536; *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2; *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866; *Trottier c. British American Oil Ltd.*, [1977] C.A. 576; *Godin c. Trempe*, J.E. 85-822.

i Lois et règlements cités

Code civil du Bas-Canada, art. 1023, 1024, 1040a [aj. 1964, ch. 67, art. 1], 1053, 1056c [aj. 1956-57, ch. 16, art. 1; mod. 1971, ch. 85, art. 10], 1065, 1070, 1075, 1141, 1152.
Code civil du Québec [mod. 1987, ch. 18, art. 1], art. 6, 7 [non encore en vigueur].

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29(1).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29(1).

Authors Cited

Angus, David. "Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec" (1962), 8 *McGill L.J.* 150.
 Appleton, Ch. "Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits" (1924), 78 *Revue internationale de l'enseignement* 142.
 Baudouin, Jean-Louis. "Contrat—Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles" (1971), 31 *R. du B.* 335.
 Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
 Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.
 Baudouin, Louis. *Le droit civil de la Province de Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1953.
 Caron, Maximilien. *Précis de droit des effets de commerce*, 7^e éd. rév. par Albert Bohémier. Montréal: Beauchemin, 1978.
 Charmont, J. "L'abus du droit" (1902), 1 *Rev. trim. dr. civ.* 113.
 Cornu, Gérard. *Droit civil (Introduction: Les personnes—Les biens)*, 4^e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1990.
Corpus Juris Civilis, 11^e éd. Par C. M. Galisset. Paris: A. Cotelle, 1881.
 Crépeau, Paul-André. "Le contenu obligationnel d'un contrat" (1965), 43 *Can. Bar Rev.* 1.
 Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.
 Crépeau, Paul-André. *Théorie générale de l'obligation juridique: éléments d'une introduction*. Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1987.
 Domat, Jean. *Oeuvres de J. Domat*, t. 4, 1^{re} éd. in-octavo par M. Carré. Paris: Kleffer, 1823.
 Ghestin, Jacques et Gilles Goubeaux. *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale*, 3^e éd. Paris: L.G.D.J., 1990.
 Jobin, Pierre-Gabriel. "L'abus de droit contractuel depuis 1980". Dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*. Montréal: Service de la formation permanente—Barreau du Québec, 1990, 127.
 Josserand, Louis. "À propos de la relativité des droits" (1929), 49 *Rev. cri. lég. et jur.* 227.
 Josserand, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Rousseau, 1905.

^a Doctrine citée

Angus, David. "Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec" (1962), *R.D. McGill* 150.
 Appleton, Ch. "Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits" (1924), 78 *Revue internationale de l'enseignement* 142.
 Baudouin, Jean-Louis. "Contrat—Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles" (1971), 31 *R. du B.* 335.
 Baudouin, Jean-Louis. *La responsabilité civile délictuelle*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990.
 Baudouin, Jean-Louis. *Les obligations*, 3^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.
 Baudouin, Louis. *Le droit civil de la Province de Québec*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1953.
 Caron, Maximilien. *Précis de droit des effets de commerce*, 7^e éd. rév. par Albert Bohémier. Montréal: Beauchemin, 1978.
 Charmont, J. "L'abus du droit" (1902), 1 *Rev. trim. dr. civ.* 113.
 Cornu, Gérard. *Droit civil (Introduction: Les personnes—Les biens)*, 4^e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1990.
Corpus Juris Civilis, 11^e éd. Par C. M. Galisset. Paris: A. Cotelle, 1881.
 Crépeau, Paul-André. "Le contenu obligationnel d'un contrat" (1965), 43 *R. du B. can.* 1.
 Crépeau, Paul-André. *L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie*. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.
 Crépeau, Paul-André. *Théorie générale de l'obligation juridique: éléments d'une introduction*. Montréal: Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, 1987.
 Domat, Jean. *Oeuvres de J. Domat*, t. 4, 1^{re} éd. in-octavo par M. Carré. Paris: Kleffer, 1823.
 Ghestin, Jacques et Gilles Goubeaux. *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale*, 3^e éd. Paris: L.G.D.J., 1990.
 Jobin, Pierre-Gabriel. "L'abus de droit contractuel depuis 1980". Dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*. Montréal: Service de la formation permanente—Barreau du Québec, 1990, 127.
 Josserand, Louis. "À propos de la relativité des droits" (1929), 49 *Rev. cri. lég. et jur.* 227.
 Josserand, Louis. *De l'abus des droits*. Paris: Rousseau, 1905.

- Josserand, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd. Paris: Dalloz, 1939.
- L'Heureux, Nicole. *Le droit bancaire*. Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1988.
- Lalou, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd. Par Pierre Azard. Paris: Dalloz, 1962.
- Martel, Paul. «L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*: Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le «voile corporatif»» (1987), 33 *McGill L.J.* 213.
- Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: Les obligations*, t. I, 2^e éd. Paris: Sirey, 1988.
- Massuë, Hubert de la. «Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit» (1948), 46 *Rev. trim. dr. civ.* 29.
- Mayrand, Albert. «Abuse of Rights in France and Quebec» (1974), 34 *La. L. Rev.* 993.
- Mayrand, Albert. *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1985.
- Mazeaud, Henri et Léon, et André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.
- Mignault, Pierre Basile. «The Modern Evolution of Civil Responsibility» (1927), 5 *Can. Bar Rev.* 1.
- Nadeau, André et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1971.
- Payette, Louis. «Prise de possession: demande de paiement et délai raisonnable». In Meredith Memorial Lectures 1981, *New Developments in Commercial Lending*. Faculty of Law, McGill University, Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982.
- Planiol, Marcel et Georges Ripert. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 10^e éd. Paris: L.G.D.J., 1926.
- Planiol, Marcel et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 1952.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Quebec. Civil Code Revision Office. *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Ripert, Georges. «Abus ou relativité des droits» (1929), 49 *Rev. crit. lég. et jur.* 33.
- Ripert, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1949.
- Scassa, Teresa. «The Bank as Creditor» (1988), 3:3 *National Creditor/Debtor Rev.* 41.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations, contrat et responsabilité*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1988.
- Tourneau, Philippe le. *La responsabilité civile*, 3^e éd. Paris: Dalloz, 1982.
- Josserand, Louis. *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd. Paris: Dalloz, 1939.
- L'Heureux, Nicole. *Le droit bancaire*. Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1988.
- Lalou, Henri. *Traité pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd. Par Pierre Azard. Paris: Dalloz, 1962.
- ^a Martel, Paul. «L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*: Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le «voile corporatif»» (1987), 33 *R.D. McGill* 213.
- Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. *Droit civil: Les obligations*, t. I, 2^e éd. Paris: Sirey, 1988.
- ^b Massuë, Hubert de la. «Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit» (1948), 46 *Rev. trim. dr. civ.* 29.
- Mayrand, Albert. «L'abus des droits en France et au Québec» (1974), 9 *R.J.T.* 321.
- ^c Mayrand, Albert. *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit*, 2^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1985.
- Mazeaud, Henri et Léon, et André Tunc. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.
- ^d Mignault, Pierre Basile. «The Modern Evolution of Civil Responsibility» (1927), 5 *R. du B. can.* 1.
- Nadeau, André et Richard Nadeau. *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1971.
- ^e Payette, Louis. «Prise de possession: demande de paiement et délai raisonnable». Dans Conférences commémoratives Meredith 1981, *Les tendances actuelles en matière de financement commercial*. Faculty of Law, McGill University, Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982.
- ^f Planiol, Marcel et Georges Ripert. *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 10^e éd. Paris: L.G.D.J., 1926.
- Planiol, Marcel et Georges Ripert. *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, 2^e éd. Paris: L.G.D.J., 1952.
- ^g Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- Québec. Office de révision du Code civil. *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, vol. I. Québec: Éditeur officiel, 1978.
- ^h Ripert, Georges. «Abus ou relativité des droits» (1929), 49 *Rev. crit. lég. et jur.* 33.
- Ripert, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd. Paris: L.G.D.J., 1949.
- ⁱ Scassa, Teresa. «The Bank as Creditor» (1988), 3:3 *National Creditor/Debtor Rev.* 41.
- Tancelin, Maurice. *Des obligations, contrat et responsabilité*, 4^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1988.
- Tourneau, Philippe le. *La responsabilité civile*, 3^e éd. Paris: Dalloz, 1982.

Vennat, Chantal. "Commentaire d'arrêt: *Banque Nationale du Canada c. Houle*" (1988), 22 *R.J.T.* 387.

Veziar, Jack. *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 3^e éd. Paris: Litec, 1983.

Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1518, 9 Q.A.C. 9, affirming a judgment of the Superior Court¹. Appeal dismissed.

Serge Guérette and Roger Reinhardt, for the appellant.

Jean-Yves Fortin, Richard Nadeau and Lise Beaudoin, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—The doctrine of abuse of contractual rights has provoked controversy and confusion from its beginnings in Roman law to the present. This case provides the opportunity to deal with this doctrine that has vexed jurists, doctrinal writers, and jurisprudence for centuries, both in French and Quebec civil law.

Facts

The facts of this case are simple, yet a detailed analysis may be necessary given that any decision as to whether contractual rights have been abused must, in the end, rest on the particular facts of each case. For the moment, however, I will recite the facts essential to the understanding of what follows.

For fifty-eight years, the appellant bank had done business with Hervé Houle Limited, a company specializing in pork slaughter and the bringing to market of pork carcasses. The sole shareholders of this company were the four Houle brothers, who are the respondents before this Court. In order to modernize the factory and to allow a new orientation towards the sale of pork in pieces, the company approached the bank for financing in January of 1972.

¹ Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-013683-758, May 16, 1983.

Vennat, Chantal. «Commentaire d'arrêt: *Banque Nationale du Canada c. Houle*» (1988), 22 *R.J.T.* 387.

Veziar, Jack. *La responsabilité du banquier en droit privé français*, 3^e éd. Paris: Litec, 1983.

^a Viney, Geneviève. *Traité de droit civil*, t. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions*. Paris: L.G.D.J., 1982.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1987] R.J.Q. 1518, 9 Q.A.C. 9, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure¹. Pourvoi rejeté.

^c *Serge Guérette et Roger Reinhardt*, pour l'appelante.

Jean-Yves Fortin, Richard Nadeau et Lise Beaudoin, pour les intimés.

^d Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La théorie de l'abus des droits contractuels a suscité, depuis son origine en droit romain jusqu'à nos jours, controverse et confusion. Le présent pourvoi fournit l'occasion d'examiner cette théorie qui depuis des siècles suscite, en doctrine et en jurisprudence, des interrogations tant en France qu'au Québec.

^f Les faits

^g Les faits de cette affaire sont simples, encore qu'une analyse détaillée puisse s'avérer nécessaire, étant donné que toute décision sur la question de savoir s'il y a eu abus des droits contractuels doit reposer en définitive sur les faits particuliers de chaque espèce. Pour le moment toutefois, je me bornerai à relater les faits essentiels à la compréhension de ce qui suit.

^h Pendant cinquante-huit ans, la banque appelante faisait affaires avec Hervé Houle Limitée, compagnie spécialisée dans l'abattage et la mise en marché de carcasses de porcs. Les seuls actionnaires de cette compagnie étaient les quatre frères Houle, intimés devant notre Cour. En vue de moderniser l'usine et de s'orienter vers le marché du porc en morceaux, la compagnie prenait contact avec la banque en janvier 1972 afin d'obtenir un financement.

¹ C.S. Montréal, n° 500-05-013683-758, le 16 mai 1983.

By October 1973, the company had a rotating line of credit of \$700 000 and a letter of credit of \$100 000 to guarantee the purchase of new products at the Ontario Hog Producers Marketing Board. As well, the company owed \$90 000 as the balance on some temporary financing that the bank had arranged for the modernization of the company's slaughterhouse. As security for these debts, the appellant bank held the following guarantees:

1. Security under s. 88 (now s. 178) of the *Bank Act*, R.S.C. 1970, c. B-1;

2. The transfer of the balance of a \$90 000 loan between the company and Roy Nat Ltd.;

3. Letters of surety for \$1 000 000 supplied by all the shareholders of the company (the respondents), as well as letters of surety provided by the respondents' mother and by Les Porcheries Houle Ltée, a company whose sole shareholders were the respondents.

In October 1973, the appellant bank, wanting to increase its securities, demanded a \$1 000 000 trust deed on all the moveable and immovable assets of the company. This trust deed was signed on January 29, 1974.

In December 1973, negotiations commenced between the respondents and an interested corporation, Weddel Ltd., for the purpose of the proposed sale of the respondents' shares in the company to Weddel. The respondents hoped to obtain \$1 000 000 for their shares. The appellant bank was aware that these negotiations were taking place.

At the end of January 1974, the company asked the bank to increase its rotating line of credit to \$900 000. This request was referred to the head office of the bank. An accounting firm was then given a mandate, by the head office, to prepare a report on the financial situation of the company. A representative of the accounting firm came to the company's office to obtain the necessary information. However, on February 19, 1974, only 20 days after the signature of the trust deed, the bank, based on the verbal report of the accounting firm's representative, took the following action: the credit

Au mois d'octobre 1973, la compagnie disposait d'une marge de crédit de 700 000 \$ ainsi que d'une lettre de crédit de 100 000 \$ pour garantir l'achat de nouveaux produits auprès de la Commission ontarienne de commercialisation du porc. Elle disposait, en outre, d'un solde de 90 000 \$ provenant d'un financement temporaire que la banque avait mis à sa disposition pour la modernisation de l'abattoir. À titre de sûreté de ces créances, la banque appelante détenait les garanties suivantes:

1. Une garantie en vertu de l'art. 88 (maintenant l'art. 178) de la *Loi sur les banques*, S.R.C. 1970, ch. B-1.

2. Le transfert du solde d'un prêt de 90 000 \$ consenti à la compagnie par Roy Nat Ltd.

3. Des lettres de garantie pour la somme de 1 000 000 \$ signées par tous les actionnaires de la compagnie (les intimés), ainsi que par la mère des intimés et par Les Porcheries Houle Ltée, compagnie dont les seuls actionnaires étaient les intimés.

En octobre 1973, la banque appelante, désireuse d'accroître ses garanties, a exigé un acte de fiducie de 1 000 000 \$ sur tous les actifs mobiliers et immobiliers de la compagnie. Cet acte de fiducie a été signé le 29 janvier 1974.

En décembre 1973, les intimés ont engagé avec une société intéressée, Weddel Ltd., des négociations en vue de la vente de leurs actions dans la compagnie. Les intimés espéraient obtenir 1 000 000 \$ pour leurs actions. La banque appelante était au courant de ces négociations.

À la fin de janvier 1974, la compagnie a demandé à la banque de porter sa marge de crédit à 900 000 \$, demande qui fut transmise au siège social de la banque. Le siège social a alors donné mandat à un cabinet d'experts comptables de faire rapport sur la situation financière de la compagnie. Un représentant de ce cabinet s'est rendu au bureau de la compagnie pour recueillir les informations requises. Toutefois, le 19 février 1974, soit seulement 20 jours après la signature de l'acte de fiducie, la banque, sur rapport verbal du représentant des experts comptables, a pris les mesures

committee at the bank's head office met and decided to recall the loan and realize on the guarantees. Immediately, the branch manager of the bank where the company did business was apprised of the situation and a letter of demand was drafted. It was the first time that the St-Hyacinthe branch had been informed of either the decision of the head office or that there had even been a credit investigation by an accounting firm.

One hour before the putting in default, the accounting firm's representative went to the company and attempted to obtain a further \$100 000 investment from the respondent shareholders, promising that the bank would increase the line of credit by \$220 000 if this was done. However, the representative also told the respondents that the loan had been recalled and that a notice to that effect would soon be served on them. It was the first time that the respondents and the company became aware that the bank intended to realize its securities. With no agreement reached after an hour, the notice was served. The bank there and then took possession of the company's assets, and liquidated them soon after. The time span from the first notification of the imminent recall of the loan to the liquidation of the assets was three hours.

It is evident that, after the liquidation of the company's assets, the respondents, sole shareholders in the company, were no longer in a strong negotiating position for the sale of their shares in the company to Weddel Ltd. The sale did, however, take place on March 14, 1974, in response to a written offer made by Weddel Ltd. one week after the liquidation of the company's assets. The price obtained by the respondents was \$300 000, far less than the respondents' estimated value of their shares at the outset of the negotiations and before the liquidation of the company's assets (\$1 000 000).

The respondent shareholders took action against the appellant bank in Quebec Superior Court for \$700 000, being the difference between what they alleged was the real value of their shares in the company and the amount they obtained from the sale to Weddel Ltd. They claimed that this loss

suyantes: le comité de crédit du siège social de la banque s'est réuni et a décidé de rappeler le prêt et de réaliser les garanties. Le directeur de la succursale bancaire où la compagnie faisait affaires a été avisé de la situation sur-le-champ et une mise en demeure a été rédigée. C'était la première fois que la succursale de St-Hyacinthe était informée de la décision du siège social et même de la tenue d'une enquête de crédit par une firme comptable.

Une heure avant la mise en demeure, le représentant de la firme comptable s'est rendu au bureau de la compagnie pour tenter d'obtenir un investissement additionnel de 100 000 \$ des actionnaires intimés, leur promettant qu'advenant leur acceptation, la banque augmenterait leur marge de crédit de 220 000 \$. Toutefois, le représentant a également pris soin d'informer les intimés que le prêt avait été rappelé et qu'une mise en demeure leur serait bientôt transmise. C'était la première fois que les intimés et la compagnie étaient mis au courant de l'intention de la banque de réaliser ses garanties. Aucun accord n'ayant été conclu après une heure, la mise en demeure a été signifiée. Non seulement la banque a-t-elle alors pris possession des actifs de la compagnie, mais elle a également procédé à leur liquidation. Entre la première notification du rappel imminent du prêt et la liquidation des actifs, trois heures s'étaient écoulées.

Il est clair qu'après la liquidation des actifs de la compagnie, les intimés, qui en étaient les actionnaires uniques, n'étaient plus en position de force pour négocier la vente de leurs actions à Weddel Ltd. La vente a néanmoins été conclue le 14 mars 1974, à la suite d'une offre écrite de Weddel Ltd. une semaine après la liquidation des actifs de la compagnie. Les intimés ont obtenu 300 000 \$, soit un prix de beaucoup inférieur à la valeur à laquelle ils avaient estimé leurs actions à l'ouverture des négociations et avant la liquidation des actifs de la compagnie (1 000 000 \$).

Les actionnaires intimés ont poursuivi la banque appelante en Cour supérieure du Québec pour la somme de 700 000 \$, représentant la différence entre la valeur réelle alléguée de leurs actions dans la compagnie et la somme retirée de leur vente à Weddel Ltd. Ils ont fait valoir que cette perte était

was solely due to the bank's abusive conduct in the sudden possession and liquidation of the company's assets.

Judgments

Superior Court (Deslongchamps J.)

The trial judge held that the appellant bank was at fault for not having given the company enough time to meet its demand for payment. As he concludes:

[TRANSLATION] Considering . . . the unexpected and sudden nature of the demand for payment, and considering that no time was allowed to respond either to the demand for payment or to [the bank's] investment requirements . . . THE COURT has to come to the conclusion that [the bank] acted wrongfully.

He further held that the appellant's good faith, necessary when executing contractual obligations, seemed doubtful given the facts of the case, and particularly [TRANSLATION] "considering the [appellant's] knowledge of the negotiations for the purchase of the "company's" shares".

With respect to the right of action of the shareholders, the trial judge concluded that the corporation Hervé Houle Limited was only an intermediary between the appellant and the respondents, even though it was the company which had contracted with the appellant bank. He found the shareholders to be [TRANSLATION] "the people with whom it was really doing business". Although acknowledging the principle of the independent personality of companies established in *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.), he noted that the courts have not hesitated to "lift the corporate veil" to prevent injustice. Therefore, the trial judge maintained the action of the respondent shareholders and granted them damages in the amount of \$250 000, being the difference between the real value of the shares at the time in his estimation (\$550 000) and the price (\$300 000) obtained by the respondents for their shares.

Court of Appeal, [1987] R.J.Q. 1518 (Malouf and Nichols J.J.A., and Chevalier J. (*ad hoc*))

The Court of Appeal also concluded that this was an appropriate case to lift the corporate veil.

entièrement attribuable à la conduite abusive de la banque dans la prise de possession et la liquidation intempestives des actifs de la compagnie.

^a Les jugements

Cour supérieure (le juge Deslongchamps)

Le juge de première instance a décidé que la banque appelante avait commis une faute en ne donnant pas à la compagnie un délai suffisant pour obtempérer à sa demande de paiement. Il a conclu:

^b Si on considère [...] le caractère inattendu et subi (*sic*) de la demande de paiement, si on considère l'absence de délai afin de répondre soit à la demande de paiement, soit aux exigences d'investissement de la [banque], [...] LA COUR se doit de conclure qu'il y a eu faute de la [banque].

^c Il a également estimé que la bonne foi de l'appelante, qui doit prévaloir dans l'exécution des obligations contractuelles, semblait douteuse vu les faits particuliers de l'espèce et, plus spécialement, «si on considère les connaissances qu'avait l'appelante] des négociations relatives à l'achat des actions de la «compagnie»».

^d En ce qui concerne le droit d'action des actionnaires, compte tenu du fait que c'était la compagnie qui avait contracté avec la banque appelante, le juge de première instance a conclu que la société Hervé Houle Limitée n'était qu'un intermédiaire entre l'appelante et les intimés, «les véritables personnes avec qui elle faisait affaire». Tout en reconnaissant le principe de la personnalité distincte des compagnies, établi dans l'arrêt *Salomon v. A. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 (H.L.), il a souligné que les tribunaux n'avaient pas hésité à «soulever le voile corporatif» afin de prévenir une injustice. En conséquence, le juge de première instance a maintenu l'action des actionnaires intimés et leur a accordé des dommages-intérêts pour la somme de 250 000 \$, soit la différence entre la valeur réelle à laquelle il a évalué leurs actions à l'époque (550 000 \$), et le prix (300 000 \$) que les intimés en ont obtenu.

^e *Cour d'appel*, [1987] R.J.Q. 1518 (les juges Malouf, Nichols et Chevalier (*ad hoc*))

^f La Cour d'appel en est également venue à la conclusion qu'il y avait lieu en l'espèce de lever le

There existed, in its view, [TRANSLATION] “sufficient positive indications to recognize, in equity, the existence of a legal relationship between the parties” (p. 1523). In the circumstances, given the personal sureties of the respondents as well as the request for additional investment made to the shareholders directly, the Court held that the appellant’s business relations were with the shareholders as well as with the company.

The liability of the bank for the abuse of its contractual rights towards the company was found to lie in art. 1053 *C.C.L.C.*, and the court underlined the fact that, as all members of society, a bank must act in a prudent and reasonable manner when dealing with a client. On the issue of reasonable delay, it held that [TRANSLATION] “the creditor must give his debtor a reasonable time before demanding payment and proceeding to realize on his security” (p. 1524), and that, on the facts of this case, the bank did not give its debtor a reasonable delay to allow it to either liquidate some assets to meet the debt, or to obtain other financing for the business.

With respect to the criteria for establishing an abuse of rights, Malouf J.A., after a thorough analysis of the Quebec jurisprudence, expressed the view that the criteria are not restricted to bad faith (at p. 1529):

[TRANSLATION] After considering the scholarly commentary and precedents . . . , I have come to the conclusion that the time is now right to rule that this theory [abuse of contractual rights], which is now part of Quebec law, should no longer be limited in contractual matters only to cases where the creditor reacts maliciously or mischievously or is in bad faith.

Consequently, the appeal was dismissed.

Issues and Arguments

Three issues are raised by this appeal. Firstly, what are the criteria for the abuse of contractual rights? Secondly, what is the foundation of liability for the abuse of contractual rights? Thirdly,

voile corporatif. Il existait, en effet, à son avis, «suffisamment d’éléments positifs permettant de reconnaître, en équité, l’existence d’un lien de droit entre les parties» (p. 1523). Dans les circonstances, vu les sûretés personnelles fournies par les intimés ainsi que la demande d’investissement additionnel faite directement auprès des actionnaires, la cour a estimé que l’appelante entretenait des relations d’affaires tant avec les actionnaires qu’avec la compagnie.

L’article 1053 du *C.c.B.-C.* a été retenu comme fondement de la responsabilité de la banque pour abus de ses droits contractuels envers la compagnie. La cour a souligné que la banque devait, comme tout autre membre de la société, agir de façon prudente et raisonnable dans ses relations avec ses clients. Sur la question du délai raisonnable, elle a décidé que «le créancier doit donner à son débiteur un délai raisonnable avant d’exiger paiement et [de] procéder à la réalisation de ses garanties» (p. 1524) et que, d’après les faits de l’espèce, la banque n’avait pas accordé à son débiteur un tel délai raisonnable pour lui permettre soit de liquider certains actifs afin de satisfaire la créance, soit d’obtenir d’autres sources de financement pour l’entreprise.

En ce qui concerne les critères susceptibles d’établir l’existence d’un abus des droits, le juge Malouf, après une analyse approfondie de la jurisprudence du Québec, a exprimé l’avis que la question de la mauvaise foi de l’appelante n’était pas pertinente (à la p. 1529):

Après avoir examiné la doctrine et la jurisprudence [...] j’en viens à la conclusion que le moment est maintenant opportun pour déclarer que cette théorie [l’abus de droit contractuel], qui fait maintenant partie du droit québécois, ne doit plus être limitée en matière contractuelle seulement aux (*sic*) cas où le créancier réagit malicieusement, méchamment ou est de mauvaise foi.

En conséquence, l’appel a été rejeté.

Les questions en litige et les arguments

Le présent pourvoi soulève trois questions. Premièrement, quels sont les critères servant à déterminer s’il y a abus des droits contractuels? Deuxièmement, quel est le fondement de la responsabilité

assuming that there is an abuse of contractual rights, what are the rights of third parties? If there are any, on what basis are these third party rights grounded?

The appellant and the respondents take opposite views on each of these issues.

The appellant's arguments can be summarized in the four following propositions:

The criteria for the abuse of contractual rights should not be enlarged. In contractual matters, the only situation in which one can abuse contractual rights is where rights are exercised with the intent to harm the other party to the contract.

A contract defines how the parties may act, and thus, the notion of "reasonableness" in exercising rights cannot be imported into contractual relationships. This would involve the court's substitution of its own judgment for that of the parties and would be, in essence, an alteration of the contract, which goes against the principle of autonomy of the will.

Any abuse of a contractual right can only lead to contractual liability. If the doctrine of abuse of contractual rights is to be widened to include the unreasonable use of a contractual right, then the abuse can only be the failure to execute an implicit obligation, which can only engage responsibility between the contracting parties. Consequently, the respondent shareholders, who were not parties to the contract, had no right of action, according to the principle of relativity of contracts of art. 1023 *C.C.L.C.*

Finally, the corporate veil should not be lifted in favour of the respondent shareholders. The respondents, having opted for the benefits of the corporate form, must be bound by its disadvantages.

The respondents advance the following arguments:

Neither bad faith, nor an intent to harm, is a necessary element of the doctrine of abuse of contractual rights. An abuse of a contractual right occurred in the present case because the appellant

pour abus des droits contractuels? Et troisièmement, en supposant qu'il y ait abus des droits contractuels, les tiers ont-ils un recours? Si oui, sur quel fondement?

^a L'appelante et les intimés ont des points de vue opposés sur chacune de ces questions.

^b Les arguments de l'appelante peuvent se résumer en quatre points:

^c Les critères d'appréciation de l'abus des droits contractuels ne devraient pas être élargis. En matière contractuelle, le seul cas où il peut y avoir abus des droits est celui où l'une des parties au contrat exerce ses droits dans l'intention de nuire à son cocontractant.

^d C'est le contrat qui définit le comportement des parties et, dès lors, la notion de «conduite raisonnable» ne saurait être importée dans les rapports contractuels. Le tribunal se trouverait alors à substituer son propre jugement à celui des parties, ce qui constituerait en soi une modification du contrat et qui serait ainsi contraire au principe de l'autonomie de la volonté.

^f Tout abus d'un droit contractuel ne saurait engendrer qu'une responsabilité contractuelle. Si la théorie de l'abus des droits contractuels doit être élargie pour inclure l'exercice déraisonnable d'un droit contractuel, alors l'abus ne pourra consister qu'en l'inexécution d'une obligation implicite qui n'engagera la responsabilité qu'entre les parties contractantes. Par conséquent, les actionnaires intimés, qui n'étaient pas parties au contrat, n'ont aucun droit d'action en vertu du principe de la relativité des contrats prévu à l'art. 1023 *C.c.B.-C.*

^h Enfin, le voile corporatif ne devrait pas être soulevé en faveur des actionnaires intimés. Ces derniers ayant choisi les avantages de la formule corporative, ils doivent en supporter les désavantages.

ⁱ Les intimés font valoir, quant à eux, les arguments suivants:

^j Ni la mauvaise foi ni l'intention de nuire ne sont des composantes indispensables de la doctrine de l'abus des droits contractuels. S'il y a eu abus d'un droit contractuel en l'espèce, c'est parce que la

bank did not conduct itself with a minimum amount of cooperation and loyalty towards the respondents' company.

There is a right of action between the respondent shareholders and the appellant bank, grounded in art. 1053 *C.C.L.C.*, independent of any contractual relationship with the appellant. This delictual recourse is based on the appellant's alleged contractual fault in the execution of its rights under the contract.

The right of action is independent of the issue of the lifting of the corporate veil. It is a direct right of action of the respondents, as third parties, against the appellant for the breach of a general legal obligation of diligence towards the respondents.

The respondents have established fault, damage, and causality, and thus, as third parties, can exercise a quasi-delictual recourse based on the appellant's contractual fault.

In order to dispose of these issues, an overview of the evolution of the abuse of rights theory as it has developed in civil law is warranted at the outset.

Abuse of Rights

I. Historical Background

Although this historical analysis deals with abuse of both contractual and extra-contractual rights, I want to stress immediately that the present case is concerned only with the abuse of contractual rights inasmuch as such abuse causes damages to third parties, that is persons who are not parties to the alleged contract. (For a clear example of abuse of purely extra-contractual rights, see *Boisjoli v. Goebel*, [1982] C.S. 1, where an abuse of property rights was alleged because the construction of a sundeck threatened a neighbour's rose garden.) However, given that the abuse of contractual rights is a particular aspect of the general theory of abuse of rights, it is helpful to examine this theory in a broader perspective.

Roman law is often cited as the basis for the proposition that there can be no "abuse" of a

banque appelante n'a pas fait preuve d'un minimum de coopération et de loyauté envers la compagnie des intimés.

a Il existe, entre les actionnaires intimés et la banque appelante, un droit d'action indépendant de toute relation contractuelle avec l'appelante et qui prend sa source dans l'art. 1053 *C.c.B.-C.* Ce recours délictuel est fondé sur la faute contractuelle alléguée de l'appelante dans l'exercice des droits que lui conférait le contrat.

c Le droit d'action est indépendant de la question de savoir s'il y a lieu de lever le voile corporatif. C'est un droit d'action direct des intimés, à titre de tierces parties, contre l'appelante, pour la violation de son obligation légale générale de diligence envers les intimés.

d Les intimés ont établi la faute, le dommage et le lien de causalité. Aussi peuvent-ils, à titre de tierces parties, exercer un recours quasi délictuel fondé sur la faute contractuelle de l'appelante.

e Afin de trancher ces questions, il importe de dresser dès le départ un tableau de l'évolution, en droit civil, de la théorie de l'abus des droits.

f L'abus des droits

I. Historique

Bien que cette analyse historique traite de l'abus des droits tant contractuels que délictuels, soulignons dès maintenant que la présente affaire ne porte que sur l'abus des droits contractuels pour autant que tel abus soit source de préjudice pour un tiers, c'est-à-dire une personne non partie au contrat allégué. (Pour un exemple clair d'abus d'un droit purement extra-contractuel, voir *Boisjoli c. Goebel*, [1982] C.S. 1, où l'on a allégué l'abus du droit de propriété en raison de la construction d'une terrasse d'ensoleillement menaçant le jardin de roses d'un voisin.) Toutefois, étant donné que c'est de la théorie générale de l'abus des droits qu'émane la notion particulière d'abus des droits contractuels, il convient d'examiner cette théorie dans une perspective plus large.

j On invoque souvent le droit romain à l'appui de l'argument selon lequel un «droit» ne peut faire

“right”, since it would not be a right (i.e. absolute entitlement) if it were subject to review for abuse. The *Corpus Juris Civilis* (11th ed. 1881) sets out several propositions that would lead to such a conclusion. Gaius asserts that no one is considered to commit a fraud who does what he has a right to do—*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* (Digest, 50.17.55); while Paulus is of the view that no one commits a wrong against another unless he does something which he has no right to do—*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (Digest, 50.17.151). However, a closer analysis does demonstrate that the concept of abuse of rights was, to a certain extent, accepted in Roman law. Planiol and Ripert, in their *Traité pratique de droit civil français* (2nd ed. 1952), t. VI, so find, at No. 573, pp. 798-99:

[TRANSLATION] While there are in the Digest formulas which, taken out of context, are such as to suggest that Roman jurists considered that a person could not be liable for damage caused to another while exercising a right, other texts show that these jurists refused to accept the use of a right so as to cause harm to another.

The well-known maxim *Neque malitiis indulgendum est* (Digest, 6.1.38) seems to confirm it: malice would never be permitted, even if a right were being exercised. In fact, interestingly, Gaius states that if a debtor is ready to pay and the creditor attacks the sureties instead, for the purpose of injuring his debtor, then the creditor, even though he has a right to claim from the sureties, will be liable on account of such injury (Digest, 47.10.19) As Mazeaud and Tunc, in their *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (6th ed. 1965), t. I, assert, at No. 555, p. 646:

[TRANSLATION] However, if these formulas [which appear to state that there can be no abuse of rights] are placed in their context, if one refers to Roman law as a whole, it can be seen that the idea of an abuse of right was recognized.

(See also Planiol and Ripert, *op. cit.*, at No. 573, notes 1 and 2, p. 799; and Ch. Appleton, “Les exercices pratiques dans l’enseignement du droit romain et plan d’un cours sur l’abus des droits”

l’objet d’un «abus» puisqu’on ne saurait parler de droit (au sens de prérogative absolue) là où il y a contrôle en cas d’abus. Le *Corpus Juris Civilis* (11^e éd. 1881) avance, en effet, diverses formules susceptibles de mener à une telle conclusion. Ainsi, Gaius affirme que nul n’est censé commettre une fraude s’il fait ce qu’il a le droit de faire—*Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur* (Digeste, 50.17.55); Paulus est quant à lui d’avis que nul ne commet une faute à l’égard d’autrui à moins qu’il ne fasse quelque chose qu’il n’a pas le droit de faire—*Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet* (Digeste, 50.17.151). Or, une analyse plus serrée démontre que la notion de l’abus des droits était, dans une certaine mesure, reçue en droit romain. C’est du moins la constatation que font Planiol et Ripert dans leur *Traité pratique de droit civil français* (2^e éd. 1952), t. VI, au n^o 573, pp. 798 et 799:

S’il y a au Digeste des formules qui, isolées de leur contexte, sont de nature à faire croire que pour les jurisconsultes romains on ne pouvait être responsable du dommage causé à autrui dans l’exercice d’un droit, d’autres textes montrent que ces jurisconsultes n’admettaient point l’usage d’un droit dans le but de nuire à autrui.

La maxime bien connue *Neque malitiis indulgendum est* (Digeste, 6.1.38) semble le confirmer: on ne saurait permettre la malice, fût-ce dans l’exercice d’un droit. Fait intéressant à noter, Gaius précise que si le débiteur est disposé à payer et que le créancier attaque plutôt les sûretés dans le but de porter préjudice à son débiteur, le créancier sera alors tenu responsable de ce préjudice, même s’il a le droit de se prévaloir des sûretés (Digeste, 47.10.19). Comme le disent Mazeaud et Tunc dans leur *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* (6^e éd. 1965), t. I, au n^o 555, p. 646:

Mais, si l’on rapproche ces formules [qui laissent croire qu’il ne peut y avoir abus d’un droit] du contexte, si l’on consulte l’ensemble du droit romain, on s’aperçoit que l’idée d’abus d’un droit y était reçue.

(Voir aussi Planiol et Ripert, *op. cit.*, au n^o 573, notes 1 et 2, p. 799; et Ch. Appleton, «Les exercices pratiques dans l’enseignement du droit romain et plan d’un cours sur l’abus des droits» (1924), 78

(1924), 78 *Revue internationale de l'enseignement* 142, at p. 156.) This theory, like others derived from Roman law, made its way into French law early on.

A) Acceptance of the Abuse of Rights Doctrine

1. *France*

Ancient French law accepted the concept of abuse of rights (Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 556, p. 646). Voltaire, paraphrasing the Latin maxim *Summum jus summa injuria*, is quoted as saying (Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (2nd ed. 1939), at p. 5):

[TRANSLATION] A right taken too far becomes an injustice.

Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, describe the situation in early French law as follows, at No. 556, p. 646:

[TRANSLATION] With the rebirth of Roman law, these ideas passed into our old law. The Parlements did not hesitate to punish any malicious abuse: thus on February 1, 1577 the Parlement of Aix condemned a wool carder who was singing simply in order to annoy his neighbour, a lawyer.

Domat would allow an action for abuse of rights [TRANSLATION] "as a result of injustice and chicanery by poor litigants" (*Oeuvres de J. Domat* (1823), vol. 4, by M. Carré, at pp. 131-32), and would also allow it with regard to property rights if exercised with an intent to harm (p. 134).

The French *Civil Code* did not contain any specific provision relating to the abuse of rights. However, courts soon began to apply the theory. Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 557, p. 647, discuss the famous decision of the Court of Colmar, May 2, 1855, D.P. 1856.2.9 (*Doerr v. Keller*), condemning a property owner to damages for building a false chimney with the sole purpose of [TRANSLATION] "removing almost all the daylight left in his neighbour's window". Marty and Raynaud, *Droit civil: Les obligations* (2nd ed. 1988), t. I, at No. 477, p. 538, comment:

[TRANSLATION] This line of authority has developed widely not only for the right of ownership but also with respect to many other rights, such as the right to bring

Revue internationale de l'enseignement 142, à la p. 156.) Cette théorie, comme d'autres dérivées du droit romain, est passée très tôt en droit français.

A) Réception de la théorie de l'abus des droits

1. *En France*

L'ancien droit français reconnaissait la notion de l'abus des droits (Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n° 556, p. 646). On cite, à cet égard, les paroles de Voltaire paraphrasant la maxime latine *Summum jus summa injuria* (Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité* (2^e éd. 1939), à la p. 5):

Un droit porté trop loin devient une injustice.

Voici comment Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n° 556, p. 646, décrivent l'état de l'ancien droit français:

Avec la renaissance du droit romain, ces idées passèrent dans notre ancien droit. Les Parlements n'hésitaient pas à réprimer tout abus malicieux: c'est ainsi que le Parlement d'Aix condamna, le 1^{er} février 1577, un cardeur de laines qui chantait dans le seul dessein de gêner un avocat, son voisin.

Domat admettait une action pour abus des droits, «suites de l'injustice et de la chicane des mauvais plaideurs» (*Oeuvres de J. Domat* (1823), vol. 4, par M. Carré, aux pp. 131 et 132), et l'aurait admise aussi en matière de droits de propriété exercés avec une intention de nuire (p. 134).

Le *Code civil* français ne contenait alors aucune disposition se rapportant spécifiquement à l'abus des droits. Les tribunaux, cependant, eurent tôt fait de commencer à appliquer cette théorie. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n° 557, p. 647, évoquent le célèbre arrêt de la Cour de Colmar, 2 mai 1855, D.P. 1856.2.9 (*Doerr c. Keller*), condamnant à des dommages-intérêts un propriétaire qui avait élevé une fausse cheminée dans le seul dessein d'enlever la presque totalité du jour qui restait à la fenêtre de son voisin». Marty et Raynaud font le commentaire suivant dans leur traité *Droit civil: Les obligations* (2^e éd. 1988), t. I, au n° 477, p. 538:

Ce courant jurisprudentiel s'est largement développé non seulement pour le droit de propriété mais en ce qui concerne de nombreux autres droits, par exemple le

an action or to defend an action at law and to use execution proceedings.

The evolution and application of the abuse of rights doctrine grew quickly from the beginning of the 20th century. It then became an accepted recourse in French law. The extent of that acceptance was perhaps best summarized by J. Charmont, "L'abus du droit" (1902), 1 *Rev. trim. dr. civ.* 113, at p. 118:

[TRANSLATION] What we cannot help being struck by in considering this question of abuse of rights is the increasing importance it tends to have in lawyers' concerns—and the fact that it has had this position for only a short time. Ten or fifteen years ago it was barely mentioned: since then, cases of its use have multiplied; in strikes, labour unions, dismissal in contracts of employment, the right of criticism in newspapers . . .

That application of the doctrine by the courts translated eventually into legislation as regards dilatory proceedings, the unreasonable refusal by a landlord to rent his premises, and an express limitation on a husband's right to oppose the exercise of a separate profession by his wife since it had to be justified by the family's best interests (Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 558, pp. 648-49).

Consequently, by the early part of the 20th century, the doctrine of abuse of rights had acquired its "letters patent of nobility" in French law. This trend appears even stronger today. One need only note the words of the eminent French jurist, Gérard Cornu, in *Droit civil (Introduction: Les personnes—Les biens)* (4th ed. 1990), where he states, at No. 147, p. 57:

[TRANSLATION] The theory of abuse of rights, of Praetorian and doctrinal origin and expressly set out in legislation in various specific areas (such as a wrongful breach by an employer of a contract of employment), is now an integral part of French positive law.

Given the established role of the abuse of rights doctrine in France, it is now appropriate to examine its evolution in Quebec.

droit d'agir ou de se défendre en justice et de faire usage des voies d'exécution.

À partir du début du XX^e siècle, la théorie de l'abus des droits a connu une évolution accélérée et une faveur croissante: c'est à ce moment qu'elle est devenue un recours accepté en droit français. J. Charmont, dans son article intitulé «L'abus du droit» (1902), 1 *Rev. trim. dr. civ.* 113, à la p. 118, a peut-être le mieux résumé l'étendue de cette réception:

Ce qui frappe inévitablement quand on étudie cette question de l'abus de droit, c'est la place toujours plus grande qu'elle tend à prendre dans les préoccupations des juristes,—et c'est aussi que cette place, elle l'a prise depuis peu de temps. Il y a dix ou quinze ans, on en parlait à peine: depuis lors les cas d'application se sont multipliés; à l'occasion des grèves, des syndicats ouvriers, du congé dans le louage de services, du droit de critique dans les journaux . . .

L'acceptation de cette théorie par les tribunaux s'est finalement traduite dans des lois sanctionnant notamment les procédures dilatoires, le refus déraisonnable d'un locateur de louer son local, ou encore restreignant expressément le droit du mari de s'opposer à ce que sa femme exerce une profession séparée, puisque ce droit devait être justifié par le meilleur intérêt de la famille (Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n^o 558, pp. 648 et 649).

Dès le début du XX^e siècle par conséquent, la théorie de l'abus des droits avait acquis ses lettres de noblesse en droit français. Ce courant paraît avoir connu une vigueur encore plus grande aujourd'hui. Qu'il suffise de lire le passage suivant de l'éminent juriste français, Gérard Cornu, dans son ouvrage *Droit civil (Introduction: Les personnes—Les biens)* (4^e éd. 1990), au n^o 147, p. 57:

Prétorienne et doctrinale à ses origines, la théorie de l'abus du droit, consacrée expressément par la loi dans divers secteurs particuliers (par exemple, la rupture abusive par l'employeur du contrat de travail) fait aujourd'hui partie intégrante du droit positif français.

Le statut de la théorie de l'abus des droits étant établi en France, il convient maintenant d'en examiner l'évolution au Québec.

2. Quebec

Mayrand (formerly of the Quebec Court of Appeal), one of Quebec's leading jurists, perhaps best summarized the evolution of the abuse of rights doctrine in Quebec when he noted, in "Abuse of Rights in France and Quebec" (1974), 34 *La. L. Rev.* 993, at p. 994:

The evolution and the spread of the theory of abuse of right has followed a similar pattern in France and in the Province of Quebec.

David Angus, in "Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec" (1962), 8 *McGill L.J.* 150, also discusses the acceptance of the abuse of rights theory at p. 152:

From time to time after 1895, various French jurists came to Quebec and spoke ardently in favor of the abuse of rights theory. As a result, Quebec writers began to discuss the theory, and indications that the absolutist tradition might break down appeared in several judgements . . . This trend towards greater equity in the law led finally, in 1944, to express acceptance by our courts of abuse of rights in extra-contractual matters.

The first application of the doctrine (as referred to by Angus) seems to have been in regard to property law, with the decision of *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334, where a property owner was found to have abused his right of ownership by building a [TRANSLATION] "fence 47 feet long and about 8½ feet high", described by Duranleau J. at p. 335 as:

[TRANSLATION] . . . of rough wood, and of a frightful appearance, the only effect of which was to deprive the plaintiff on this side of air, sun and light and depreciate his site . . .

The decision of *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149, also applied the doctrine to property law. It was held that a former director of an airport had abused his right of ownership when he placed poles on his property with the intention to disrupt operations at the neighbouring airport. (See also *Blais v. Giroux*, [1958] C.S. 569, and *Laperrière v. Lemieux*, [1958] R.L. 228 (Sup. Ct.).)

The established nature of the doctrine in present Quebec law is demonstrated by its incorporation in

2. Au Québec

C'est peut-être Mayrand (auparavant juge à la Cour d'appel du Québec), l'un des grands juristes québécois, qui a le mieux résumé l'évolution de la théorie de l'abus des droits au Québec quand il souligne dans «L'abus des droits en France et au Québec» (1974), 9 *R.J.T.* 321, à la p. 322:

Au Québec, la théorie de l'abus des droits a évolué et s'est répandue de la même manière qu'en France . . .

David Angus analyse lui aussi la réception de la théorie de l'abus des droits dans son article «Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec» (1962), 8 *R.D. McGill* 150, à la p. 152:

[TRANSLATION] Périodiquement après 1895, plusieurs juristes français sont venus au Québec parler avec ferveur de la théorie de l'abus des droits. Si bien que les auteurs québécois ont commencé à examiner cette théorie et qu'on a vu apparaître dans certains jugements des indices que la tradition absolutiste allait céder le pas. [. . .] Cette tendance à accorder un plus grand rôle à l'équité dans le droit a finalement mené, en 1944, à l'acceptation expresse par nos tribunaux de l'abus des droits en matière extra-contractuelle.

Le premier cas d'application de la théorie (cité par Angus) semble avoir été en matière de droit de propriété dans l'affaire *Brodeur v. Choinière*, [1945] C.S. 334, où l'on a reconnu qu'un propriétaire avait abusé de son droit de propriété en construisant une «palissade de 47 pieds de long d'environ 8½ pieds de haut», décrite ainsi par le juge Duranleau, à la p. 335:

. . . en bois brut, d'une apparence affreuse et dont l'unique effet est d'enlever au demandeur, de ce côté, l'air, le soleil et la lumière et de déprécier son emplacement . . .

Cette théorie a aussi été appliquée en matière de droit de propriété dans l'affaire *Air-Rimouski Ltée v. Gagnon*, [1952] C.S. 149. On y a statué que l'ancien directeur d'un aéroport avait abusé de son droit de propriété en plantant des poteaux sur son terrain dans l'intention de perturber l'exploitation de l'aéroport voisin. (Voir également *Blais v. Giroux*, [1958] C.S. 569, et *Laperrière c. Lemieux*, [1958] R.L. 228 (C.S.).)

Témoigne encore du statut bien établi de la théorie en droit québécois contemporain son inser-

An Act to add the reformed law of persons, successions and property to the Civil Code of Québec, S.Q. 1987, ch. 18, assented to April 15, 1987, not in effect except for ss. 1338 to 1411, for specific purposes (S.Q. 1989, ch. 54, s. 200). Article 7 of Book One, Title One, proposes:

7. No right may be exercised with the intent of injuring another or, without a serious and legitimate interest, in a way that is to his prejudice.

This article stems from the recommendations of the Civil Code Revision Office where the suggested text, in the *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code* (1978), vol. I, reads (at p. 4):

9 No person may exercise a right with the intent of injuring another, or in any way that may cause damage out of proportion to the benefit he may derive.

The comments of the Office under that proposed article, in the *Report on the Québec Civil Code: Commentaries* (1978), vol. II, t. 1, refer to the acceptance of the doctrine in our law (at p. 24):

9 This article expressly confirms the theory of violation of rights laid down in the maxim *sic utere tuo ut alienum non laedas*, which is now recognized both in doctrine and in jurisprudence. It is found in several recent Codes. [References omitted.]

The theory of abuse of rights also gained doctrinal and jurisprudential acceptance in administrative law (see Mayrand, *op. cit.*, at pp. 1002-4). As well, Professor Jean-Louis Baudouin (now of the Quebec Court of Appeal), in *La responsabilité civile délictuelle* (3rd ed. 1990), adds, at Nos. 150 to 155, pp. 85-89, that the right to take judicial proceedings can be subject to abuse.

Given this brief analysis of the abuse of rights doctrine in a general context, I will now examine its historical development with particular regard to contractual rights.

tion dans la *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, L.Q. 1987, ch. 18, sanctionnée le 15 avril 1987, non en vigueur, excepté les art. 1338 à 1411, pour des fins précises (L.Q. 1989, ch. 54, art. 200). L'article 7 du Livre premier, Titre premier, dispose:

7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou, en l'absence d'un intérêt sérieux et légitime, de manière à lui porter préjudice.

Cet article tire son origine des recommandations de l'Office de révision du Code civil du Québec. Le *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil* (1978), vol. I, suggérait en effet le texte suivant (à la p. 4):

9 Nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec l'avantage qu'il peut en retirer.

Dans les commentaires qu'il apporte sous ce projet d'article dans son *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaries* (1978), vol. II, t. 1, l'Office invoque l'acceptation de la doctrine en droit québécois (aux pp. 26 et 27):

9 Cet article consacre expressément la théorie de l'abus des droits telle qu'elle est exprimée dans la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*, et reconnue maintenant tant en doctrine qu'en jurisprudence. On la retrouve dans plusieurs codes récents. [Références omises.]

La théorie de l'abus des droits s'est également acquise une reconnaissance doctrinale et jurisprudentielle en droit administratif (voir Mayrand, *loc. cit.*, aux pp. 329 et 330). De même, le professeur Jean-Louis Baudouin (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec) ajoute, dans *La responsabilité civile délictuelle* (3^e éd. 1990), aux n^{os} 150 à 155, pp. 85 à 89, que le droit d'exercer un recours judiciaire peut donner lieu à des abus.

Après cette brève analyse du contexte général de la théorie de l'abus des droits, je vais maintenant en examiner l'évolution historique dans le contexte particulier des droits contractuels.

B) Abuse of Contractual Rights

1. *France*

Early on, doctrinal writers analyzed the doctrine of abuse of contractual rights. Josserand, *op. cit.*, at pp. 124-213, devotes an entire chapter of his treatise to contracts, discussing in particular [TRANSLATION] "abuse committed in the dealings between contracting parties" at pp. 143-44.

French legislation also started to introduce the notion of abuse of rights, most particularly in the contractual context. Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 558, p. 648, mention the modifications introduced to the French *Code du travail* by the Act of July 19, 1928. After stating that [TRANSLATION] "unilateral rescission of the contract may give rise to damages", the Code stipulates that:

[TRANSLATION] The damages which may be awarded for failure to give notice of dismissal are not to be confused with those which may result from the wrongful unilateral rescission of the contract to determine whether there has been abuse, the court may investigate the circumstances of the breach. The judgment will in any case have to expressly mention the ground alleged by the party who broke the contract.

The same authors discuss the abuse of contractual rights in French case law at No. 583, p. 662:

[TRANSLATION] The question [acceptance of the abuse of rights doctrine] is not even discussed where the exercise of certain rights is involved, in particular those deriving from a contract.

The courts have used the abuse of rights theory to control the exercise of contractual rights.

They then analyze the French jurisprudence at Nos. 584 to 587, pp. 662-70, dealing with such diverse contractual relationships as contracts of service for indeterminate length, mandate, sale, lease, partnership, unions and associations, and contracts regarding film production and editing.

Similarly, Marty and Raynaud, *op. cit.*, recognize the application of the abuse of rights doctrine

B) L'abus des droits contractuels

1. *En France*

Les auteurs ont très tôt considéré la théorie de l'abus des droits en matière contractuelle. Josserand, *op. cit.*, consacre, aux pp. 124 à 213, un chapitre entier de son traité aux contrats, examinant en particulier, aux pp. 143 et 144, les «abus commis dans les rapports des contractants entre eux».

On a commencé également à introduire dans la législation française la notion d'abus des droits, plus spécialement dans le cadre contractuel. Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, font état, au n° 558, p. 648, des modifications apportées au *Code du travail* français par la Loi du 19 juillet 1928. Après avoir posé que «la résiliation du contrat par la volonté d'un seul des contractants peut donner lieu à des dommages-intérêts», le Code édicte:

Les dommages-intérêts qui peuvent être accordés pour inobservation du délai-congé ne se confondent pas avec ceux auxquels peut donner lieu, d'autre part, la résiliation abusive du contrat par la volonté d'une des parties contractantes; le tribunal, pour apprécier s'il y a abus, pourra faire une enquête sur les circonstances de la rupture. Le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par la partie qui aura rompu le contrat.

Les mêmes auteurs examinent au n° 583 de l'ouvrage précité, l'abus des droits contractuels dans la jurisprudence française (à la p. 662):

La question [de la réception de la théorie de l'abus des droits] n'est même pas discutée lorsqu'il s'agit de l'exercice de certains droits, notamment de ceux qui dérivent d'un contrat.

La jurisprudence s'est servie de la théorie de l'abus des droits pour contrôler l'exercice des droits contractuels.

Ils analysent ensuite, aux nos 584 à 587, pp. 662 à 670, la jurisprudence française se rapportant à des rapports contractuels aussi variés que les contrats de service à durée indéterminée, le mandat, la vente, le louage, la société, les syndicats et les associations, ainsi que les contrats relatifs à la production de films et à l'édition.

De même, Marty et Raynaud, *op. cit.*, au n° 479, p. 544, reconnaissent l'application, en droit

to contractual relationships in current French law at No. 479, p. 544:

[TRANSLATION] *Relationships arising out of contracts* and customary contractual rights also entail important applications of the concept of abuse of rights. [Emphasis in original.]

(See also Jacques Ghestin and Gilles Goubeaux, in *Traité de droit civil*, vol. I, *Introduction générale* (3rd ed. 1990), at Nos. 727 to 730, pp. 709-12.)

It appears from this overview that the doctrine of abuse of contractual rights is alive and undisputed in France. The position in Quebec now remains to be examined.

2. Quebec

Doctrinal writers in Quebec have often called for the application of the abuse of rights doctrine to contractual relationships. As stated by Professor Paul-André Crépeau, in "Le contenu obligationnel d'un contrat" (1965), 43 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 26:

[TRANSLATION] Essentially it must be recognized that, whatever its origin, a right can never be absolute. Every right has a particular purpose: it is conferred to meet social imperatives or economic needs, not to assuage instincts of vengeance or spitefulness. The exercise of contractual rights has to be seen from this perspective. A legal order, which is a pale reflection of the moral order, unavoidably must accommodate egoism; in no case should it tolerate malice.

Angus, *op. cit.*, shares the same opinion, at p. 157:

If one looks at the true spirit of our civil law, it is clear that contractual rights cannot be totally absolute. Contracting parties do not foresee all eventualities expressly and so their formal accord is limited to the essential.

Despite its acceptance in France and in Quebec doctrine, courts in Quebec were reluctant to recognize and apply this theory. In fact, early Quebec jurisprudence was even hostile to the idea that contractual rights could be abused. In *Quaker Oats Co. of Canada v. Côté*, [1949] Que. K.B. 389, both Galipeault and Marchand J.J.A. held that the doctrine of abuse of rights had very

français contemporain, de la doctrine de l'abus des droits aux relations contractuelles:

Les relations nées des contrats et l'usage des droits contractuels comportent eux aussi d'importantes applications de la notion d'abus des droits. [En italique dans l'original.]

(Voir également Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux dans *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale* (3^e éd. 1990), aux nos 727 à 730, pp. 709 à 712.)

Il appert de ce tour d'horizon que la théorie de l'abus des droits contractuels est bien vivante et incontestée en France. Voyons maintenant quelle est la situation au Québec.

2. Au Québec

Les auteurs québécois ont maintes fois réclamé l'application de la théorie de l'abus des droits aux relations contractuelles. Comme l'exprime le professeur Paul-André Crépeau dans «Le contenu obligationnel d'un contrat» (1965), 43 *R. du B. can.* 1, à la p. 26:

Il s'agit essentiellement de reconnaître qu'un droit, quelle qu'en soit la source, ne saurait être absolu. Tout droit a une finalité propre; il est concédé en vue de la satisfaction d'impératifs sociaux ou de besoins économiques et non pas pour l'assouvissement des instincts de vengeance ou de méchanceté. C'est dans cette perspective que l'on doit envisager l'exercice des droits contractuels. Un ordre juridique, pâle reflet de l'ordre moral, doit certes souffrir l'égoïsme; il ne saurait en tout cas tolérer la malice.

Angus, *loc. cit.*, partage la même opinion, à la p. 157:

[TRADUCTION] Si l'on considère l'esprit même de notre droit civil, il est clair que les droits contractuels ne sauraient être absolus. Les parties contractantes ne pouvant prévoir expressément toutes les éventualités, leur accord formel se borne à l'essentiel.

Malgré la réception de cette théorie par la doctrine, en France et au Québec, les tribunaux québécois se sont montrés réticents à la reconnaître et à l'appliquer. En fait, l'ancienne jurisprudence québécoise affichait même son hostilité à l'idée que des droits contractuels puissent faire l'objet d'abus. Dans l'arrêt *Quaker Oats Co. of Canada v. Côté*, [1949] B.R. 389, les juges Galipeault et Marchand

limited application in Quebec law. Citing Mignault, Galipeault J.A. states, at p. 396:

[TRANSLATION] As has been argued, it is only where there has been a wrongful use of real rights that our courts have found that a source of civil liability exists; they have never gone further than that.

A similar approach was taken in *St-Laurent v. Lapointe*, [1950] Que. K.B. 229, where, in analyzing the possible abuse by an employer in exercising his right to terminate unilaterally a contract of service, St-Jacques J.A. held, at pp. 233-34:

[TRANSLATION] Here we are dealing with a formal stipulation that either of the two parties may terminate the contract of employment, which was not made for a specific period. This stipulation is lawful; there is nothing in it contrary to public order or good morals and it is binding on both parties. If thus follows that, in dismissing its employees, defendant simply gave effect to the agreement as made, and the dismissal which plaintiffs regard as harsh cannot be a basis for the action for damages allowed by the Superior Court.

Nonetheless, and this the appellant does not contest, the theory of abuse of contractual rights slowly made inroads into Quebec jurisprudence. The case of *Fiorito v. Contingency Insurance Co.*, [1971] C.S. 1, marked the turning point. Monet J. (now of the Quebec Court of Appeal) undertook a thorough analysis of the doctrine and jurisprudence and rejected the defendant's motion to dismiss the action. The motion was based on the argument that the plaintiff had no right of action as a result of the alleged abuse by the defendant of his contractual rights. At page 4, he says:

[TRANSLATION] While I have the greatest respect for the contrary view, I cannot accept the general proposition that the scope of the theory of abuse of rights does not include the law of contract in Quebec law.

It is at this juncture that this recourse became more widely used. A number of cases which followed allowed actions based on the abuse of contractual rights, as appears from decisions such as

ont tous deux conclu que la doctrine de l'abus des droits n'avait que très peu d'application en droit québécois. Citant Mignault, le juge Galipeault affirme, à la p. 396:

^a C'est, comme on l'a soutenu, en matière d'usage abusif de droits réels seulement que nos tribunaux ont trouvé une source de responsabilité civile; ils ne sont jamais allés plus loin.

^b Un point de vue semblable a été émis dans l'arrêt *St-Laurent v. Lapointe*, [1950] B.R. 229, où le juge St-Jacques, analysant la possibilité qu'un employeur ait pu commettre un abus dans l'exercice de son droit de résilier unilatéralement un contrat de service, déclarait, aux pp. 233 et 234:

^c Nous sommes, ici, en face d'une stipulation formelle à l'effet que l'une ou l'autre des deux parties peut mettre fin au contrat d'engagement qui n'a pas été fait pour une période déterminée. Cette stipulation est légale; elle n'a rien de contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs et elle lie les deux parties. Il en résulte donc que le défendeur, en donnant congé à ses employés, a simplement mis en vigueur la convention telle que faite, et le renvoi que les demandeurs qualifient de brutal ne peut donner lieu à l'action en dommages-intérêts qui a été accueillie par la Cour supérieure.

^d Quoi qu'il en soit, et cela n'est pas contesté par l'appelante, la théorie de l'abus des droits contractuels a lentement fait son chemin dans la jurisprudence québécoise. L'affaire *Fiorito v. Contingency Insurance Co.*, [1971] C.S. 1, a marqué à cet égard un point tournant. Après une analyse approfondie de la doctrine et de la jurisprudence, le juge Monet (maintenant à la Cour d'appel du Québec) y a rejeté la requête en irrecevabilité de la défenderesse, qui prétendait que l'usage abusif qu'elle aurait fait de ses droits contractuels ne conférerait au demandeur aucun droit d'action. Il affirme ainsi, à la p. 4:

^e Tout en témoignant le plus grand respect pour l'opinion contraire, je ne puis accepter la proposition générale à l'effet que le champ d'application de la théorie de l'abus de droit n'atteint pas le domaine contractuel selon le droit québécois.

^f C'est à partir de ce moment que ce recours a commencé à être plus largement utilisé. Dans plusieurs affaires postérieures, des actions fondées sur l'usage abusif des droits contractuels ont été

Noivo Automobile Inc. v. Mazda Motors Canada Ltd., [1974] C.S. 385 (see p. 387), and *Latreille Automobile Ltée v. Volvo (Canada) Ltd.*, [1978] C.S. 191 (see p. 192). In the past decade, the acceptance of the doctrine has become complete, leading to my statement in *Godbout v. Provi-Soir Inc.*, [1986] R.L. 212 (C.A.), at p. 228:

[TRANSLATION] I think it can be assumed that the theory of abuse of rights in contractual matters has now been admitted into our law . . .

This was also the conclusion reached by Malouf J.A. in the present case.

The doctrine of abuse of contractual rights is consistent with the fundamental principles of Quebec civil law, where good faith and reasonableness permeate the theories of rights and obligations, contractual (art. 1024 C.C.L.C.) as well as extra-contractual. It is also consistent with the general philosophy that the debtor is to be favoured in contractual relationships (for example, see arts. 1070, 1141, and 1152 C.C.L.C.).

But more fundamentally, the doctrine of abuse of contractual rights today serves the important social as well as economic function of a necessary control over the exercise of contractual rights. While the doctrine may represent a departure from the absolutist approach of previous decades, consecrated in the well-known maxim "*la volonté des parties fait loi*" (the intent of the parties is the governing factor), it inserts itself into today's trend towards a just and fair approach to rights and obligations (by way of example of this trend: consumer protection legislation, family law as regards the disposition of family assets upon divorce and death, the notion of "lesion between persons of full age" in the proposed reforms to the Quebec *Civil Code*, etc.). Such uncertainty which the doctrine of abuse of rights may bring to contractual relationships, besides being worth that price, may be counterbalanced by the presumption of good faith which remains basic in contractual relationships. Courts have so far demonstrated, in applying the doctrine, that they will only sanction

accueillies, tel qu'il appert notamment des décisions *Noivo Automobile Inc. v. Mazda Motors Canada Ltd.*, [1974] C.S. 385 (voir à la p. 387), et *Latreille Automobile Ltée c. Volvo (Canada) Ltd.*, [1978] C.S. 191 (voir à la p. 192). Au cours de la dernière décennie, l'admission de la théorie s'est généralisée à tel point que j'ai pu affirmer dans l'arrêt *Godbout c. Provi-Soir Inc.*, [1986] R.L. 212 (C.A.), à la p. 228:

Je crois que l'on peut prendre pour acquis que la théorie de l'abus de droit en matière contractuelle est maintenant admise dans notre droit . . .

C'est également la conclusion à laquelle en est venu le juge Malouf de la Cour d'appel dans la présente affaire.

La théorie de l'abus des droits contractuels est conforme aux principes fondamentaux du droit civil québécois où les notions de bonne foi et de conduite raisonnable imprègnent toute la théorie des droits et des obligations, tant dans le domaine contractuel (art. 1024 C.c.B.-C.) qu'extra-contractuel. Elle correspond également à la philosophie générale du traitement favorable accordé au débiteur dans les rapports contractuels (voir, à titre d'exemple, les art. 1070, 1141 et 1152 C.c.B.-C.).

Mais, de façon plus fondamentale, la théorie de l'abus des droits contractuels remplit aujourd'hui une importante fonction à la fois sociale et économique, celle d'un contrôle nécessaire des droits contractuels. Bien qu'elle puisse représenter un écart par rapport à la conception absolutiste des décennies antérieures, qu'illustre la célèbre maxime «la volonté des parties fait loi», elle s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité (témoignent de cette tendance les lois sur la protection du consommateur, le droit familial en matière de disposition des biens familiaux lors du divorce et au décès, la notion de «lésion entre majeurs» mise de l'avant dans les réformes envisagées au *Code civil* du Québec, etc.). S'il y a risque d'introduire ainsi une certaine incertitude dans les rapports contractuels, c'est là un juste prix à payer pour l'acceptation de la théorie de l'abus des droits; cette incertitude peut d'ailleurs être contrebalancée par la présomption de bonne foi, qui demeure le pilier des relations contractuelles. Les

marked departure from the general norm of behaviour acceptable in our society. As Professor Pierre-Gabriel Jobin has noted, in a recent conference given before the Quebec Bar Association, "L'abus de droit contractuel depuis 1980", in *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*, 127, at p. 132:

[TRANSLATION] In many respects, abuse of rights is to contractual relationships what fault under art. 1053 C.C.[L.C.] is to extra-contractual relationships.

If this doctrine were not already part of Quebec civil law, there should be no hesitation to adopt it.

Despite this acceptance, there are still two major areas of controversy with respect to the abuse of a contractual right. While they are at the heart of the present case, they also form the cornerstone of the confusion which exists to this day in French and Quebec doctrine and jurisprudence. The first area of dispute concerns the criteria for the abuse of a contractual right: is it exclusively based on bad faith or malice, or can it also be based on an unreasonable use of a contractual right? The second controversy surrounds the nature of the liability: is an abuse of a contractual right grounded on contract or on delict? I will address these two issues in turn.

II. *The Criteria for Abuse of Contractual Rights*

There are three leading theories discussing the standard to be applied when determining whether there has been an abuse of a contractual right. All have both doctrinal and jurisprudential support. I propose to analyze the theoretical underpinnings of each of these theses as advanced by their respective advocates and to assess the support each has attained in Quebec jurisprudence.

Before entering into this discussion, however, it may be helpful to briefly comment on the distinction between "discretionary" and "controlled" rights.

tribunaux ont jusqu'à maintenant démontré, en appliquant cette théorie, qu'ils ne sanctionnent que les écarts marqués par rapport à la norme générale de conduite acceptable dans notre société. Comme le souligne le professeur Pierre-Gabriel Jobin dans une récente conférence devant le Barreau du Québec intitulée «L'abus de droit contractuel depuis 1980», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)*, 127, à la p. 132:

À bien des égards, l'abus de droit est aux rapports contractuels ce que la faute de l'article 1053 C.c.[B.-C.] est aux rapports extra-contractuels.

Si cette théorie ne faisait pas déjà partie du droit civil québécois, il ne devrait donc plus y avoir aucune hésitation à l'adopter.

Malgré cette réception, deux controverses majeures subsistent en matière d'usage abusif d'un droit contractuel. Au cœur de la présente instance, elles constituent également la pierre angulaire de la confusion qui existe encore de nos jours dans la doctrine et la jurisprudence en France et au Québec. Le premier sujet de dispute concerne les critères servant à apprécier s'il y a un abus d'un droit contractuel: le critère exclusif est-il celui de la mauvaise foi ou de la malice, ou peut-on parler également du critère de l'exercice déraisonnable d'un droit contractuel? La seconde controverse porte sur la nature de la responsabilité: l'abus d'un droit contractuel est-il de nature contractuelle ou délictuelle? Je vais examiner tour à tour chacune de ces deux questions.

II. *Les critères d'appréciation de l'abus des droits contractuels*

Il existe trois théories principales concernant la norme applicable pour déterminer s'il y a eu usage abusif d'un droit contractuel. Toutes trois trouvent appui tant dans la doctrine que dans la jurisprudence. Je me propose d'analyser les fondements théoriques de chacune de ces thèses, telles qu'elles sont proposées par leurs défenseurs respectifs et d'évaluer la faveur que chacune a obtenue dans la jurisprudence québécoise.

Avant d'entreprendre cette analyse cependant, il peut être utile de faire brièvement quelques remarques sur la distinction entre droits «discrétionnaires» et droits «contrôlés».

A) Controlled and Discretionary Rights

“Discretionary” rights do not easily lend themselves to abuse. As Cornu, *op. cit.*, states, at No. 148, p. 58:

[TRANSLATION] In our contemporary positive law, the exercise of rights is thus subject to review by the courts in cases of abuse. In principle, this review extends to subjective rights as a whole. With some exceptions, subjective rights are not discretionary but reviewable.

Baudouin, *op. cit.*, agrees, at No. 125, p. 72:

[TRANSLATION] . . . there can also be no question of abuse of rights in the case, increasingly rare these days, of the exercise of a purely discretionary right.

However, since “discretionary” rights are extremely rare, I would hesitate to even provide an example of a right which is at the absolute discretion of its holder and cannot be subject to abuse. This being said, the present case does not raise this distinction, as contractual rights are “controlled” from the outset, by the parties themselves. They cannot be exercised at the “discretion” of the holder, since the contract defines the obligations of the parties. Thus, the following discussion will apply only to controlled rights.

I would also note that the following theories apply equally to the abuse of contractual and extra-contractual rights. They deal with the general issue of what type of use constitutes an abuse of rights. However, given that this case is concerned solely with the abuse of contractual rights in respect of third parties suffering injury, my analysis will focus on their application to the abuse of contractual rights.

B) Doctrine

1. *The “Individualist” Theory*

Based on the historical position, as earlier discussed, this theory holds, at its most stringent, that there can be no such concept as “abuse of rights”. Its leading proponents are Planiol and Ripert, who, in their *Traité élémentaire de droit civil* (10th ed. 1926), t. 2, assert, at No. 871, p. 298:

A) Droits contrôlés et droits discrétionnaires

Les droits «discrétionnaires» ne se prêtent pas facilement à l’abus. Comme Cornu, *op. cit.*, l’affirme au n° 148, p. 58:

L’exercice des droits est donc soumis, dans notre droit positif contemporain, à un contrôle judiciaire en cas d’abus. Ce contrôle s’étend, en principe, à l’ensemble des droits subjectifs. Sauf exception, les droits subjectifs ne sont pas discrétionnaires mais contrôlés.

C’est aussi l’opinion de Baudouin, *op. cit.*, au n° 125, p. 72:

. . . il ne peut non plus être question d’abus de droit dans l’hypothèse, de plus en plus rare de nos jours, de l’exercice d’un droit purement discrétionnaire.

Les droits «discrétionnaires» étant toutefois extrêmement rares, j’hésiterais même à citer l’exemple d’un droit qui relèverait de l’absolue discrétion de son titulaire et ne pourrait donner lieu à abus. Cela étant dit, la présente affaire ne soulève pas cette distinction, les droits contractuels étant, par définition, «contrôlés» par les parties elles-mêmes. Ils ne sauraient, en effet, être exercés à la «discrétion» du titulaire puisque c’est le contrat qui détermine les obligations des parties. L’analyse ne s’appliquera donc qu’aux droits contrôlés.

Soulignons également que les théories qui suivent s’appliquent aussi bien à l’abus d’un droit contractuel qu’à l’abus d’un droit extra-contractuel. Elles traitent de la question générale de savoir quel type d’usage constitue un abus de droit. Toutefois, étant donné qu’il s’agit uniquement, en l’espèce, de l’abus des droits contractuels à l’égard de tiers ayant subi un préjudice, mon analyse portera plus particulièrement sur l’application de ces théories à l’abus des droits contractuels.

B) Doctrine

1. *La théorie «individualiste»*

Fondée sur la position historique examinée plus haut, cette théorie avance, dans sa formulation la plus rigide, qu’il ne saurait exister rien de tel que l’«abus d’un droit». Ses principaux défenseurs sont Planiol et Ripert, qui affirment dans leur *Traité élémentaire de droit civil* (10^e éd. 1926), t. 2, au n° 871, p. 298:

[TRANSLATION] . . . the formula "abusive use of rights" is playing with words: if I use my right, my act is *legitimate*, and when it is *not legitimate*, I am exceeding my right and *acting wrongfully* . . . [A] *right ceases where an abuse begins*, and there cannot be an "abusive use" of any right for the irrefutable reason that one and the same act cannot be both *in accordance with the right and contrary to it*. [Emphasis in original.]

(See also Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (4th ed. 1949), at Nos. 90 *et seq.*, pp. 159 *et seq.*; and Ripert, "Abus ou relativité des droits" (1929), 49 *Rev. crit. lég. et jur.* 33.) In Quebec, the notion that individuals have the unfettered exercise of any right seems to have been suggested by Mignault in "The Modern Evolution of Civil Responsibility" (1927), 5 *Can. Bar Rev.* 1. At page 12, he comments:

Courts would embark on a very perilous and questionable course should they enter into an inquiry as to motives, when the act which has caused injury is permitted by law.

The strictness of this theory has been tempered somewhat by allowing recourse based on an abuse of rights when there is evidence of malice or lack of good faith (Planiol and Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., at No. 574, pp. 800-801). Nonetheless, even with a bad faith exception, this theory is absolute in nature, allowing only for the very rare instances where absence of good faith or malice can be proven.

Dealing with the abuse of a contractual right, Mayrand, op. cit., suggests that this theory negates the autonomy of the will of the parties and the freedom to contract, at p. 331:

[TRANSLATION] Does the theory of abuse of rights apply to contracts? At first sight, the principle of freedom of contract and free will is at variance with application of the abuse of rights theory to contracts.

This individualist theory is attributed, by Josserand, op. cit., at p. 6, to the ideology surrounding:

[TRANSLATION] . . . the "*human rights*" in the famous Declaration of 1789, "natural, inalienable and sacred rights", "natural and indefeasible rights", "inviolable" rights to which public authority is subject, not excepting

. . . la formule «usage abusif des droits» est une logomachie: car si j'use de mon droit, mon acte est *licite*; et quand il est *illicite*, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis *sans droit* [. . .] [*Le droit cesse où l'abus commence*, et il ne peut pas y avoir «usage abusif» d'un droit quelconque, par la raison irrefutable qu'un seul et même acte ne peut pas être tout à fois *conforme au droit et contraire au droit*. [En italique dans l'original.]

(Voir également Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles* (4^e éd. 1949), aux n^{os} 90 et suiv., pp. 159 et suiv.; et Ripert, «Abus ou relativité des droits» (1929), 49 *Rev. crit. lég. et jur.* 33.) Au Québec, l'idée que les individus ont le libre exercice de tout droit semble avoir été avancée par Mignault dans «The Modern Evolution of Civil Responsibility (1927), 5 *R. du B. can.* 1. Il fait remarquer, à la p. 12:

[TRADUCTION] Les tribunaux s'engageraient sur une voie très périlleuse et contestable s'ils en venaient à s'enquérir des motifs, alors que l'acte qui a causé le préjudice est permis par la loi.

La rigidité de cette théorie a été quelque peu tempérée par l'admission d'un recours fondé sur l'abus des droits dans les cas où il y a preuve de malice ou d'absence de bonne foi (Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, op. cit., au n^o 574, pp. 800 et 801). Néanmoins, même compte tenu de cette exception de mauvaise foi, cette théorie est essentiellement absolutiste car elle n'admet que les très rares cas où il est possible d'établir l'absence de bonne foi ou l'intention malicieuse.

Abordant à son tour la question de l'usage abusif d'un droit contractuel, Mayrand, *loc. cit.*, à la p. 331, suggère que cette théorie nie l'autonomie de la volonté des parties et la liberté de contracter:

La théorie de l'abus des droits s'applique-t-elle aux contrats? À prime abord, le principe de la liberté de contrat et de l'autonomie de la volonté s'oppose à l'application aux contrats de la théorie de l'abus des droits.

Cette théorie individualiste s'inspire, selon Josserand, op. cit., à la p. 6, de l'idéologie entourant

. . . les «*Droits de l'Homme*» de la fameuse Déclaration de 1789, «droits naturels, inaliénables et sacrés», «droits naturels et imprescriptibles», droits «inviolables» qui s'imposent aux pouvoirs publics, sans en excepter le

the legislature and the constituent assembly itself. [Emphasis in original.]

Although there is no doubt that bad faith and the malicious exercise of a contractual right can give rise to liability based on abuse of rights, the question is whether other criteria can also ground such liability. As noted by Marty and Raynaud, *op. cit.*, at No. 478, p. 540, the limitation of the doctrine of abuse of rights to only malice or bad faith is [TRANSLATION] “narrow and individualistic” (see also Ghestin and Goubeaux, *op. cit.*, at No. 716, p. 696). For that reason perhaps, other criteria have been proposed.

2. The “Social Function” Theory

Josserand is the principal supporter of this theory. He advances the proposition that the criteria for the abuse of rights should be based on a social view of the law. Whenever a right is used, it must be examined against the social function which the right is meant to serve. If the right is used contrary to this social function, then there has been an abuse of the right, regardless of the intent of the user of the right, and no matter whether the user acted reasonably or not. The goal of this theory is set out by Josserand in his treatise, *op. cit.*, at p. 11, where he postulates:

[TRANSLATION] . . . the goal and purpose of the theory of *abuse of rights* . . . is to ensure that the *spirit of the rights* prevails, and so to guarantee justice not only in statutory instruments and abstract formulas, this being relatively easy, but, what is a more substantial ideal, in their very application and even in daily life. [Emphasis in original.]

This theory has been further developed by the same author in *De l'abus des droits* (1905); and “À propos de la relativité des droits” (1929), 49 *Rev. crit. lég. et jur.* 277.

Despite the lofty goals of Josserand's theory, it is met with several criticisms. According to some critics, it ignores the distinction between the judiciary and the legislature. It is for the judge to apply the laws created by the legislative branch, and for the latter to determine which acts are

législatif et le constituant lui-même. [En italique dans l'original.]

Bien qu'il ne fasse aucun doute que la mauvaise foi et la malice dans l'exercice d'un droit contractuel puissent engendrer une responsabilité fondée sur l'abus des droits, la question est de savoir si d'autres critères peuvent également servir de fondement à cette responsabilité. Comme l'ont fait remarquer Marty et Raynaud, *op. cit.*, au n° 478, p. 540, la limitation de la doctrine de l'abus des droits à l'intention de nuire ou à la mauvaise foi relève d'une conception «étroite et individualiste». (Voir également Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, au n° 716, p. 696.) Peut-être est-ce pour ce motif que d'autres critères ont été mis de l'avant.

2. La théorie de la «fonction sociale»

Josserand est le principal partisan de cette théorie. Il soutient que le critère de l'abus des droits devrait s'inspirer d'une conception sociale du droit. Chaque fois qu'il y a exercice d'un droit, cet exercice doit être examiné à la lumière de la fonction sociale que le droit est censé servir. Si le droit est exercé contrairement à sa fonction sociale, il y a alors abus de ce droit, quelle que soit l'intention de son utilisateur et peu importe que celui-ci ait agi raisonnablement ou non. Dans son traité, Josserand, *op. cit.*, à la p. 11, énonce ainsi l'objet de cette théorie:

. . . la thèse de l'abus des droits [. . .] a pour ambition et pour raison d'être d'assurer le triomphe de l'*esprit des droits*, et, par là, de faire régner la justice, non point seulement, ce qui est relativement aisé, dans les textes des lois et dans des formules abstraites, mais, ce qui est un idéal plus substantiel, dans leur application même et jusque dans la réalité vivante. [En italique dans l'original.]

Cette théorie a également été développée par le même auteur dans *De l'abus des droits* (1905), et dans «À propos de la relativité des droits» (1929), 49 *Rev. crit. lég. et jur.* 277.

En dépit de ses ambitions louables, la théorie de Josserand fait l'objet de plusieurs critiques. Selon certains, elle ne tient pas compte de la distinction entre le judiciaire et le législatif. C'est au juge qu'il appartient d'appliquer les lois créées par l'organe législatif et à ce dernier de déterminer quels

“anti-social”, whether in private or criminal law. In Quebec, the legislature has already enacted such provisions as art. 1040a *C.C.L.C.*, which requires a mandatory 60-day notice before a creditor can exercise a possessory recourse. Thus, the legislature has deemed that the execution of a possessory recourse by a creditor without reasonable notice is “anti-social”.

Baudouin, *op. cit.*, discusses the division of powers in relation to Josserand’s theory at No. 137, pp. 77-78:

[TRANSLATION] First, in view of the traditional division of legislative, executive and judicial powers, they [the Quebec courts] feel that it is not their duty to take the legislature’s place and characterize as anti-social, where there is absence of fault in the classic sense, behaviour relating to the exercise of a right. On the other hand, increasingly in recent times the legislature has intervened directly to limit the absolutism and egocentrism of the exercise of individual rights, by creating specific provisions the breach of which is a breach of a legal duty, and at the same time characterizing as wrongful behaviour which, in the absence of such a provision, would perhaps have fallen under the doctrine of abuse of rights.

Ripert notes in “Abus ou relativité des droits”, *op. cit.*, at p. 44, that this position also creates a great deal of uncertainty in its application, given its emphasis on the social function of a contractual right:

[TRANSLATION] All the same, a vague sociological formula is not enough for the legal mind.

Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 573, p. 658, question how each judge may be personally influenced as to the social function of a right by the different philosophers, economists, and political writers of a particular era, and accordingly propose a different approach.

3. *The “Reasonable Exercise of Rights” Theory*

This theory holds that an abuse of rights occurs when the right is not exercised in a reasonable manner or in a manner consistent with the conduct of a prudent and diligent individual. This makes it

actes sont «antisociaux», en droit privé comme en droit criminel. Au Québec, le législateur a déjà édicté des dispositions tel l’art. 1040a *C.c.B.-C.* qui oblige le créancier à donner un avis de 60 jours avant d’exercer un recours possessoire. Le législateur a donc jugé que l’exercice par un créancier d’un recours possessoire sans délai raisonnable était «antisocial».

Baudouin, *op. cit.*, examine quant à lui, au n° 137, pp. 77 et 78, la question de la division des pouvoirs en regard de la théorie de Josserand:

D’une part, étant donné la division traditionnelle des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, ils [les tribunaux québécois] estiment qu’il ne leur appartient pas de se substituer au législateur pour caractériser comme antisocial, en cas d’absence de faute au sens classique du terme, un comportement tenant à l’exercice d’un droit. D’autre part, de plus en plus fréquemment de nos jours, le législateur intervient directement pour restreindre l’absolutisme et l’égoïsme de l’exercice des droits individuels, en créant des textes précis dont la violation constitue un manquement à une obligation légale, et en qualifiant du même coup comme fautifs des comportements qui, en l’absence de texte, auraient pu tomber sous la doctrine de l’abus de droit.

Ripert note, pour sa part, dans «Abus ou relativité des droits», *loc. cit.*, à la p. 44, que cette conception n’est pas sans créer beaucoup d’incertitude quant à son application, en raison de l’accent qu’elle met sur la fonction sociale d’un droit contractuel:

Tout de même, l’esprit juridique ne se contente pas d’une vague formule de sociologie.

Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n° 573, p. 658, posent quant à eux la question de l’influence que sont susceptibles d’exercer les différents philosophes, économistes et écrivains politiques d’une époque particulière sur la conception que chaque juge peut se faire personnellement de la fonction sociale d’un droit, et ils proposent en conséquence une analyse différente.

3. *La théorie de l’«exercice raisonnable des droits»*

En vertu de cette théorie, il y a abus d’un droit lorsque celui-ci n’est pas exercé de manière raisonnable ou de façon compatible avec la conduite d’un individu prudent et diligent, sans qu’il soit néces-

unnecessary either to determine whether the user of the right acts in good faith or to examine the social function of the right in question. Ghestin and Goubeaux, *op. cit.*, at No. 711, p. 692, summarize the position of the main proponents of that theory, the Mazeaud brothers (Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at Nos. 564 *et seq.*, pp. 651 *et seq.*) as follows:

[TRANSLATION] Anyone who, claiming to exercise the prerogatives conferred on him by law, does not act as would do a normally prudent and reasonable individual commits a wrongful act that will be characterized as abuse. This wrongful act may be intentional or otherwise. What matters is the comparison, in abstract terms, with the ideal behaviour of a person exercising his right in a normal manner.

This approach rejoins that of Marty and Raynaud, *op. cit.*, at No. 478, p. 542; Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile* (6th ed. 1962), at Nos. 867 *et seq.*, pp. 509 *et seq.*; Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile* (3rd ed. 1982), at No. 1944, p. 624.

The concept of a “*bon père de famille*” or the reasonable and prudent person is well known to Quebec civil law. Derived from the *pater familias* notion in Roman law, this standard, most often applied towards delictual liability, requires that an individual act in a manner which is [TRANSLATION] “*ordinarily prudent and diligent*” (see Baudouin, *op. cit.*, at No. 120, p. 71). Thus, it is not surprising that the standard of “reasonableness” has made inroads into the doctrine of abuse of rights.

In Quebec, the theory of the “reasonable” exercise of rights seems to have gained acceptance as a standard for the abuse of extra-contractual rights. (See Baudouin, *op. cit.*, at No. 137, pp. 77-78, as well as the authorities he cites at note 101.) It is only recently however that such criteria of “reasonableness” has been applied to the abuse of contractual rights. Professor Jobin, *op. cit.*, notes, at p. 128:

[TRANSLATION] Malice is far from being the only criterion of abuse of rights in contractual matters. Since 1980, the courts have indicated a willingness to admit new criteria, which has had the effect of extending the theory of abuse of rights considerably.

saire de se demander si le titulaire du droit est de bonne foi ou encore d'examiner la fonction sociale du droit en question. Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, au n° 711, p. 692, résumant comme suit la position des frères Mazeaud (Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, aux n°s 564 et suiv., pp. 651 et suiv.), principaux défenseurs de cette théorie:

Celui qui, prétendant exercer les prérogatives que la loi lui confère, n'agit pas comme le ferait un individu normalement prudent et raisonnable, commet une faute que l'on qualifiera d'abus. Cette faute peut être intentionnelle ou non. Ce qui compte est la comparaison, faite dans l'abstrait, avec le comportement idéal d'un sujet qui exerce son droit d'une façon normale.

Cette analyse rejoint celles de Marty et Raynaud, *op. cit.*, au n° 478, p. 542; de Lalou, *Traité pratique de la responsabilité civile* (6^e éd. 1962), aux n°s 867 et suiv., pp. 509 et suiv.; et de Philippe le Tourneau, *La responsabilité civile* (3^e éd. 1982), au n° 1944, p. 624.

Le concept du «bon père de famille» ou de la personne raisonnable et prudente est bien connu en droit civil québécois. Dérivée de la notion de *pater familias* du droit romain, cette norme, appliquée le plus souvent dans le champ de la responsabilité délictuelle, exige qu'un individu agisse d'une manière «normalement prudente et diligente» (voir Baudouin, *op. cit.*, au n° 120, p. 71). Il n'est donc pas surprenant que la norme de l'«exercice raisonnable» ait fait son chemin dans la théorie de l'abus des droits.

Au Québec, la théorie de l'exercice «raisonnable» des droits semble vouloir être admise comme norme d'appréciation de l'abus des droits extra-contractuels (voir Baudouin, *op. cit.*, au n° 137, pp. 77 et 78, de même que les autorités qu'il cite à la note 101). Ce n'est que récemment toutefois que ce critère de l'«exercice raisonnable» a été appliqué à l'abus d'un droit contractuel. Le professeur Jobin, *loc. cit.*, à la p. 128, note:

La malice est loin d'être le seul critère de l'abus de droit en matière contractuelle. Depuis 1980, la jurisprudence s'est montrée réceptive à admettre de nouveaux critères, ce qui a eu pour effet d'étendre considérablement la théorie de l'abus de droit.

I will now turn to the application of these different theories by the courts.

C) Jurisprudence

I do not find it necessary here to delve into French jurisprudence, given the foregoing analysis. Leading French writers are divided on the question and so are the courts. (See Ghestin and Goubeaux, *op. cit.*, at Nos. 715 and 716, pp. 696-97, for "malice" cases, and Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at Nos. 584 to 587-3, pp. 662-70, for cases where malice was not the sole criteria.)

Although there is jurisprudential support in Québec for malice or bad faith as the exclusive standard on which to ground an abuse of a contractual right, there is also support for a less stringent test. While the case law may appear to be contradictory, a careful examination shows that both malice or bad faith and reasonableness can be found to give rise to legal recourse based on an abuse of a contractual right.

Several cases were cited by the appellant in support of the malice/bad faith argument, such as *Equipements Select Inc. v. Banque Nationale du Canada*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003613-820, November 18, 1986 (summarized in [1987] R.R.A. 99), where the trial judge, when dealing with a bank's seizure of its debtor's assets, states, at p. 12:

[TRANSLATION] ... in contract law abuse of rights is a basis for damages only if it is proven that the person causing the damage intended to injure another.

However, when concluding that there was no bad faith on the part of the bank, the court found that the bank disposed of the assets [TRANSLATION] "properly" and that there was [TRANSLATION] "no fault on the part of the defendants [the bank and others]" (*Equipements Select*, *supra*, at pp. 13-14). Thus, there was no need to conclude that proof of bad faith was necessary given that the analysis focussed on whether the bank acted reasonably in exercising its contractual rights.

Je vais maintenant examiner l'application qu'ont faite les tribunaux de ces différentes théories.

C) Jurisprudence

^a Je ne crois pas qu'il soit nécessaire ici de m'attarder à la jurisprudence française, vu l'analyse qui précède. Les principaux auteurs français sont divisés sur la question, et les tribunaux le sont aussi. (Voir Ghestin et Goubeaux, *op. cit.*, aux nos ^b 715 et 716, pp. 696 et 697, pour des cas d'«intention de nuire», et Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, aux nos 584 à 587-3, pp. 662 à 670, pour des cas où l'intention malveillante n'était pas le seul critère.)

^c Bien que la reconnaissance de la malice ou de la mauvaise foi comme norme exclusive servant à établir l'abus d'un droit contractuel trouve un appui jurisprudenciel au Québec, on y fait également place à un critère moins exigeant. Encore ^d que la jurisprudence puisse paraître contradictoire, un examen attentif démontre qu'on a retenu à la fois la malice ou la mauvaise foi et l'exercice raisonnable comme critères donnant ouverture à ^e un recours en justice fondé sur l'abus d'un droit contractuel.

L'appelante a cité plusieurs arrêts à l'appui de son argument relatif à la malice et à la mauvaise foi, notamment la décision *Équipements Select Inc. c. Banque Nationale du Canada*, C.S. Québec, n° 200-05-003613-820, 18 novembre 1986 (résumé à [1987] R.R.A. 99), où le juge du procès, se prononçant sur la saisie par une banque des ^g actifs de son débiteur, affirmait, à la p. 12:

... l'abus de droits, en matière contractuelle, n'est source de dommages que s'il est prouvé qu'il y a eu de la part de celui qui a causé le dommage, intention de nuire à autrui.

^h Cependant, tout en concluant qu'il n'y avait pas eu mauvaise foi de la part de la banque, le tribunal a jugé que celle-ci avait disposé des actifs «d'une façon régulière» et qu'il n'y avait eu «aucune faute de la part des défenderesses [la banque et autres]» ⁱ (*Équipements Select*, précité, aux pp. 13 et 14). Il n'y avait donc pas lieu de conclure à la nécessité de prouver la mauvaise foi étant donné que l'analyse portait avant tout sur la question de savoir si la banque avait agi de façon raisonnable en exerçant ses droits contractuels. ^j

In *White v. Banque Nationale du Canada*, Sup. Ct. Québec, No. 200-05-003970-832, March 5, 1986 (summarized in [1986] R.R.A. 207), although the trial judge held that the evidence of an intent to harm was necessary in order to find an abuse of contractual rights, he specifically noted, at p. 20, that:

[TRANSLATION] In reality, the White company had three months to get its financial affairs in order and worked actively toward that end with the agents of defendant [the bank] but without success.

(See also Chantal Vennat, "Commentaire d'arrêt: *Banque Nationale du Canada c. Houle*" (1988), 22 *R.J.T.* 387, at p. 410.)

In *Miville v. Québec (Ville de)*, Prov. Ct. Québec, No. 200-02-001769-811, May 6, 1982 (summarized in J.E. 82-609), at p. 6, the court's requirement of proof of bad faith is followed by an assessment of the "reasonableness" of the defendant city's actions:

[TRANSLATION] That [the actions of the defendant] is not in our opinion an abuse of rights because no evidence was presented of any bad faith on the part of the defendant. The latter enforced its health regulation, and if the plaintiff did not want to spend \$4,000 to comply with the regulations, it had no option but to give up the premises by giving thirty days' notice as well.

Perhaps the restrictive approach, which, in these cases at least, does not seem to correspond with findings of fact, can be attributed to the early Quebec jurisprudence, where courts were very reluctant to allow recourse grounded on the abuse of contractual rights. Nonetheless, a thorough analysis of the facts of those cases indicates that reasonableness was a determinative factor of "bad faith" or "malice". (For other cases which favour malice as the exclusive criteria, see the jurisprudence cited by Jobin, *op. cit.*, at note 3, p. 128.)

Quebec courts have however begun explicitly to move away from the malice/bad faith criteria as the sole basis to ground liability arising out of an abuse of contractual rights. By way of example, in

Dans l'affaire *White c. Banque Nationale du Canada*, C.S. Québec, n° 200-05-003970-832, 5 mars 1986 (résumé à [1986] R.R.A. 207), bien que le juge du procès ait statué que la preuve d'une intention de nuire était nécessaire pour pouvoir conclure à un abus des droits contractuels, il a souligné expressément, à la p. 20:

En réalité, la compagnie White a eu trois mois pour rétablir sa situation financière et elle a collaboré activement à cet effet avec les mandataires de la défenderesse [la banque], sans succès cependant.

(Voir également Chantal Vennat, «Commentaire d'arrêt: *Banque Nationale du Canada c. Houle*» (1988), 22 *R.J.T.* 387, à la p. 410.)

Dans l'affaire *Miville c. Québec (Ville de)*, C. prov. Québec, n° 200-02-001769-811, 6 mai 1982 (résumé à J.E. 82-609), à la p. 6, l'exigence par le tribunal d'une preuve de mauvaise foi est suivie d'une appréciation du «caractère raisonnable» des agissements de la ville défenderesse:

Cela [les agissements de la défenderesse] ne constitue pas selon nous un abus de droit parce que nulle preuve ne fut faite devant nous d'une mauvaise foi quelconque de la part de la défenderesse. En effet cette dernière a fait respecter son règlement sur l'hygiène et si la demanderesse ne voulait pas dépenser \$ 4,000.00 pour se conformer aux règlements, elle n'avait qu'à abandonner le local au moyen d'un avis de trente jours également.

Cette conception restrictive qui, dans ces affaires du moins, ne semble pas correspondre aux conclusions de fait, est peut-être attribuable à l'ancienne jurisprudence québécoise, laquelle témoigne, comme on l'a vu précédemment, de la grande réticence qu'ont éprouvée les tribunaux à accueillir des recours fondés sur l'abus des droits contractuels. Néanmoins, une analyse approfondie des faits particuliers à ces espèces révèle que c'est en fait le caractère raisonnable de la conduite reprochée qui a permis d'apprécier l'existence de la «mauvaise foi» ou de «l'intention malicieuse». (Pour d'autres exemples privilégiant la malice comme critère exclusif, voir la jurisprudence citée par Jobin, *loc. cit.*, à la note 3, p. 128.)

Toutefois, les tribunaux québécois ont commencé à s'écarter explicitement du critère de la malice/mauvaise foi comme assise unique de la responsabilité résultant de l'usage abusif des droits

Langlois v. Farr Inc., [1988] R.J.Q. 2682, a unanimous bench ruled that proof of malice was not essential. Gendreau J.A., following the Court of Appeal's decision in the present case, at p. 2689, remarks:

[TRANSLATION] It therefore seems to me that it is this rule [that proof of bad faith is not necessary] which now prevails and must be applied to the case at bar.

In that case, there was no evidence of bad faith on the part of the employer in his decision to exercise his contractual right to dismiss his employee without notice, and the judgment is based on the "reasonableness" of the employer's actions. This reasoning was also followed in *Des Cheneaux v. Morin Inc.* (1987), 20 Q.A.C. 157, albeit implicitly, since the unanimous Bench did not examine the issue of the employer's bad faith when concluding that there was an abuse of the employer's contractual right to dismiss without notice (see p. 159). One should also note an implicit acceptance of the "reasonableness" test in *Caisse populaire de Baie St-Paul v. Simard*, Sup. Ct. Saguenay, No. 240-05-000043-845, September 9, 1985 (summarized in J.E. 85-943), where the court again examined the actions of a bank concerning its failure to give notice before realizing on its securities, without questioning the "moral" issue of bad faith. (See also *Stewart v. Standard Broadcasting Corp.*, J.E. 90-75 (Sup. Ct.), and Jobin, op. cit., at note 8, p. 129.)

A few cases have concluded that the use of a contract for purposes other than those envisaged by the contracting parties constitutes an abuse of contractual rights. Such was the situation in *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1973] C.S. 220, in which the court found an abuse of contractual rights when the manufacturer ended his exclusive distribution contract with his agent for the sole purpose of earning the profits for himself. (See also the cases referred to by Jobin, op. cit., at note 15, p. 131.)

In accordance with the evolution of the Quebec doctrine and jurisprudence on this issue, the time

contractuels. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Langlois c. Farr Inc.*, [1988] R.J.Q. 2682, la Cour d'appel a décidé à l'unanimité qu'une preuve de malice n'était pas essentielle. Le juge Gendreau, suivant l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente instance, fait observer à la p. 2689:

Il me semble donc qu'il s'agisse de la règle [que la preuve de la mauvaise foi n'est pas indispensable] qui prévaut maintenant et qu'il faut appliquer en l'instance.

Dans cette affaire, il n'y avait aucune preuve de mauvaise foi de la part de l'employeur dans sa décision d'exercer son droit contractuel de congédier son employé sans préavis et le jugement est fondé sur le caractère «raisonnable» des agissements de l'employeur. Ce raisonnement a été suivi, bien qu'implicitement, dans *Des Cheneaux c. Morin Inc.* (1987), 20 Q.A.C. 157, étant donné que la cour à l'unanimité n'a pas examiné la question de la mauvaise foi de l'employeur pour conclure que celui-ci avait abusé de son droit contractuel de congédiement sans préavis (voir à la p. 159). Il faut également souligner l'acceptation implicite du critère de l'exercice raisonnable dans la décision *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, C.S. Saguenay, n° 240-05-000043-845, 9 septembre 1985 (résumé à J.E. 85-943), où la cour a, encore là, examiné les agissements d'une banque relativement à son défaut de donner avis avant la réalisation de ses garanties, sans s'interroger sur la question «morale» de la mauvaise foi. (Voir également *Stewart c. Standard Broadcasting Corp.*, J.E. 90-75 (C.S.), et Jobin, loc. cit., à la note 8, p. 129.)

Dans quelques décisions, on a statué que l'utilisation d'un contrat à des fins autres que celles que les parties contractantes avaient en vue constitue un abus des droits contractuels. Tel était le cas dans *Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.*, [1973] C.S. 220, où la cour a conclu qu'un fabricant avait abusé de ses droits contractuels en mettant fin au contrat de distribution exclusive intervenu avec son agent pour l'unique motif qu'il désirait réaliser lui-même les profits. (Voir également les décisions citées par Jobin, loc. cit., à la note 15, p. 131.)

Conformément à l'évolution doctrinale et jurisprudentielle qui s'est faite au Québec sur cette

has come to assert that malice or the absence of good faith should no longer be the exclusive criteria to assess whether a contractual right has been abused. A review of both the theoretical underpinnings of recent trends in civil liability and the current state of Quebec doctrine and jurisprudence leads to the inevitable conclusion that there can no longer be a debate in Quebec law that the less stringent standard of "the reasonable exercise" of a right, the conduct of the prudent and reasonable individual, as opposed to the more stringent test of malice and the absence of good faith, can ground liability resulting from an abuse of contractual rights.

This applicable standard of "reasonableness" is compatible with sources of liability in civil law such as art. 1053 C.C.L.C. Moreover, every contract contains an implicit obligation on the parties to the contract to exercise their rights in accordance with the rules of equity and fair play (art. 1024 C.C.L.C.). Consequently, any act that breaches this implicit obligation would be a source of liability.

The question is then: what regime of liability does the abuse of contractual rights give rise to: contractual or delictual? This issue must now be more fully examined.

III. *Foundation of Liability for Abuse of Contractual Rights*

Before delving into the controversies in both doctrine and jurisprudence concerning the basis of liability when a contractual right is abused, I believe that it is appropriate to make a few general comments about contractual and delictual liability.

A) General Comments

1. *The Relativity of Contracts*

The principle of the relativity of contracts which often finds expression in the famous maxim *Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (see Mayrand, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit* (2nd ed. 1985), at p. 246) has been codified in art. 1023 C.C.L.C.:

question, il est maintenant temps d'affirmer que la malice ou encore l'absence de bonne foi ne devrait plus être le critère exclusif pour apprécier s'il y a eu abus d'un droit contractuel. Une revue tant des fondements théoriques des récents courants en responsabilité civile que de l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence au Québec conduit inévitablement à la conclusion qu'il ne saurait plus faire aucun doute en droit québécois que le critère moins rigoureux de «l'exercice raisonnable» d'un droit, la conduite de l'individu prudent et diligent, par opposition au critère exigeant de la malice et de l'absence de bonne foi, peut également servir de fondement à la responsabilité résultant de l'abus d'un droit contractuel.

Cette norme de l'«exercice raisonnable» est compatible avec les sources de la responsabilité en droit civil, tel l'art. 1053 C.c.B.-C. De plus, tout contrat comporte pour les parties l'obligation implicite d'exercer leurs droits conformément aux règles de l'équité et de la loyauté (art. 1024 C.c.B.-C.). En conséquence, tout acte accompli en violation de cette obligation implicite est susceptible d'engager la responsabilité.

La question est alors maintenant la suivante: à quel régime de responsabilité l'abus d'un droit contractuel donne-t-il naissance: contractuel ou délictuel? Cette question mérite à ce stade un examen plus approfondi.

III. *Fondement de la responsabilité pour abus des droits contractuels*

Avant de faire état des controverses doctrinales et jurisprudentielles concernant l'assise de la responsabilité en cas d'usage abusif d'un droit contractuel, je crois qu'il convient de faire quelques remarques générales au sujet de la responsabilité contractuelle et délictuelle.

A) Remarques générales

1. *La relativité des contrats*

Le principe de la relativité des contrats, qui souvent s'exprime dans la maxime connue *Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (voir Mayrand, *Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit* (2^e éd. 1985), à la p. 246), a été codifié par l'art. 1023 C.c.B.-C.:

1023. Contracts have effect only between the contracting parties; they cannot affect third persons, except in the cases provided in the articles of the fifth section of this chapter [stipulations for the benefit of third parties].

Professor Maurice Tancelin, in *Des obligations, contrat et responsabilité* (4th ed. 1988), at No. 279, p. 164, comments on this provision:

[TRANSLATION] The contract has the effects indicated by art. 1022 C.C.[L.C.] only between the contracting parties, in accordance with art. 1023 C.C.[L.C.], which adds that it has no effect on third parties. This second assertion is immediately corrected by reference to arts. 1028 and 1031 C.C.[L.C.], which set out the rules concerning stipulations for a third party.

Similarly, Jean-Louis Baudouin, in *Les obligations* (3rd ed. 1989), at No. 380, p. 252:

[TRANSLATION] [A] person who has not performed this act of contractual intent can neither claim to be the creditor of an obligation which has not been undertaken toward him nor be required to perform an obligation arising out of a contract to which he was not a party.

It follows logically that if the abuse of a contractual right is to give rise to contractual liability, then only the parties to the contract may claim for the breach of that contractual obligation. Third parties are excluded from any such claim.

2. *The Implicit Contractual Obligation of Good Faith*

Contractual obligations are not limited to those expressly mentioned in a contract, as enunciated in art. 1024 C.C.L.C.:

1024. The obligation of a contract extends not only to what is expressed in it, but also to all the consequences which, by equity, usage or law, are incident to the contract, according to its nature.

The extent of those implicit obligations has been assessed in both doctrine and jurisprudence. Good faith has been regarded as one such implicit, necessary obligation in all contractual relationships.

Even in Roman law, an implicit obligation to execute contracts in good faith was found to exist. Gaius notes that *Item in his contractibus alteri obligatur de eo quod alterum alteri ex bono*

1023. Les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes; ils n'en ont point quant aux tiers, excepté dans les cas auxquels il est pourvu dans la cinquième section de ce chapitre [stipulations pour autrui].

a

Le professeur Maurice Tancelin, *Des obligations, contrat et responsabilité* (4^e éd. 1988), au n^o 279, p. 164, commente ainsi cette disposition:

b

Le contrat n'a les effets indiqués par l'article 1022 C.c.[B.-C.] qu'entre les parties contractantes, selon l'article 1023 C.c.[B.-C.], qui ajoute qu'il n'en a point quant aux tiers. Cette seconde assertion est aussitôt corrigée par un renvoi aux articles 1028 à 1031 C.c.[B.-C.], qui édictent les règles concernant la stipulation pour autrui.

c

Jean-Louis Baudouin abonde dans le même sens dans *Les obligations* (3^e éd. 1989), au n^o 380, p. 252:

d

[C]elui qui n'a pas posé cet acte de volonté contractuelle ne peut ni se prétendre créancier d'une obligation qui n'a pas été contractée envers lui, ni être tenu d'exécuter une obligation provenant d'un contrat auquel il n'a pas été partie.

e

Il s'ensuit logiquement que si l'abus d'un droit contractuel doit donner ouverture à la responsabilité contractuelle, seules les parties au contrat, à l'exclusion des tiers, peuvent alors se plaindre de la violation de cette obligation contractuelle.

f

2. *L'obligation contractuelle implicite d'agir de bonne foi*

Les obligations contractuelles ne sont pas limitées à celles qui sont expressément mentionnées au contrat, ainsi que l'énonce l'art. 1024 C.c.B.-C.:

g

1024. Les obligations d'un contrat s'étendent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les conséquences qui en découlent, d'après sa nature, et suivant l'équité, l'usage ou la loi.

h

La doctrine et la jurisprudence ont toutes deux tenté d'évaluer l'étendue de ces obligations implicites. Elles ont considéré la bonne foi comme l'une de ces obligations implicites et inhérentes à tout rapport contractuel.

i

Même le droit romain reconnaissait l'existence d'une obligation implicite d'exécuter les contrats de bonne foi. Gaius souligne que *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo quod*

j

et aequo praestare oportet (Digest, 44.7.2, § 3). Any doubt as to the acceptance of this doctrine in Quebec civil law was erased by the decision of Beetz J. in *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339, where, citing Domat, he states, at pp. 356-57:

[TRANSLATION] "There is no species of agreement in which it is not implied that one party owes good faith to the other party, with all the consequences which equity may demand, in the manner of stating the agreement as well as in the performance of what is agreed upon and all that follows therefrom". This is in keeping with art. 1024 of the *Civil Code*. [Emphasis added.]

Recently, Gonthier J. applied this principle in *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429, and, at p. 436, noted the existence of

... [the] policy of the civil law for the protection of honesty and good faith in the execution of contracts.

In *Godbout*, *supra*, at pp. 228-29, I was equally of the view that there were implicit contractual obligations.

Professor Crépeau, *op. cit.*, at p. 26, had previously expressed a similar view:

[TRANSLATION] We therefore believe, based on art. 1024 of the *Civil Code* and the old law, that any contract must include an implied duty that the parties will abide by the requirements of good faith in carrying out its provisions.

And with particular reference to banking contracts, Professor Nicole L'Heureux, in *Le droit bancaire* (1988), adds, at para. 1.21, pp. 60-61:

[TRANSLATION] It is recognized in civil law that a banking contract, like any other contract, must be concluded and performed in good faith and that art. 1024 C.C.[L.C.] is inherent in a banking contract.

The content of this good faith obligation was discussed by Jean-Louis Baudouin, in his commentary on *Fiorito*, "Contrat—Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles" (1971), 31 *R. du B.* 335, at p. 335:

[TRANSLATION] A contracting party must perform his obligation or exercise the rights conferred on him by the agreement in a manner consistent with justice, equity

alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet (Digeste, 44.7.2, § 3). Aucun doute quant à la réception de cette doctrine en droit civil québécois ne saurait subsister vu l'opinion du juge Beetz dans *Banque Nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, où, citant Domat, il dit aux pp. 356 et 357:

«Il n'y a aucune espèce de convention où il ne soit sous-entendu que l'un doit à l'autre la bonne foi, avec tous les effets que l'équité peut y demander, tant en la matière de s'exprimer dans la convention, que pour l'exécution de ce qui est convenu et de toutes les suites». L'on rejoint ici l'art. 1024 du *Code civil*. [Je souligne.]

Récemment, le juge Gonthier a appliqué ce même principe dans l'affaire *Banque de Montréal c. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429, où il souligne, à la p. 436, l'existence

... [d']un principe beaucoup plus général du droit civil qui vise à garantir l'honnêteté et la bonne foi dans l'exécution des contrats.

Dans l'arrêt *Godbout*, précité, aux pp. 228 et 229, j'ai également exprimé l'avis qu'il existait des obligations contractuelles implicites.

Le professeur Crépeau, *loc. cit.*, à la p. 26, avait auparavant exprimé une opinion semblable:

Aussi croyons-nous que tout contrat doit comporter, sur la base de l'article 1024 du *Code civil* et de l'ancien droit, une obligation implicite pour les parties de se conformer, dans l'exécution des prestations, aux exigences de la bonne foi.

Et s'intéressant plus particulièrement aux contrats bancaires, le professeur Nicole L'Heureux ajoute dans *Le droit bancaire* (1988), au par. 1.21, pp. 60 et 61:

En droit civil, on reconnaît que le contrat bancaire, comme tout autre contrat, doit être conclu et exécuté de bonne foi et que l'article 1024 C.c.[B.-C.] est inhérent au contrat bancaire.

Le contenu de cette obligation de bonne foi est examiné par Jean-Louis Baudouin dans son commentaire sur l'arrêt *Fiorito*, «Contrat—Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles» (1971), 31 *R. du B.* 335, à la p. 335:

Le contractant doit exécuter son engagement ou se prévaloir des droits qui lui sont reconnus par la convention d'une manière compatible avec la justice, l'équité, le

and fair play, and not simply so as to injure the other party.

As well, Professor Jobin, *op. cit.*, adds at p. 135:

[TRANSLATION] The courts quite properly wish to avoid one party using a right conferred on him by the contract maliciously against the other party, negligently or for a purpose completely unrelated to that which the legislature or the parties had in mind in creating that right.

The *Act to add the reformed law of persons, successions and property to the Civil Code of Québec*, art. 6 proposes to codify the principle of good faith:

6. Every person shall exercise his civil rights in good faith. Good faith is always presumed.

This article flows from the suggested text of the Civil Code Revision Office, in its *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code*, *op. cit.*, at p. 4, where art. 8 reads as follows:

8 Every person must exercise his rights and perform his duties in accordance with the requirements of good faith.

The comments of the Office in the *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, *op. cit.*, at p. 24, are also noteworthy:

8 ...

This article is new, but is based on long standing tradition.

Article 1134 of the French Civil Code (corresponding to Article 1022 C.C.[L.C.]) has a similar provision on contractual matters: "*Elles (les conventions légalement formées) doivent être exécutées de bonne foi.*"

The report of the 1866 codifiers gives no explanation why they did not follow the French model in this respect. [References omitted.]

Therefore, at a general level, it seems indisputable that an implicit obligation of good faith exists in every contract in Quebec civil law. This obligation is derived from a long civil law tradition formulated in art. 1024 C.C.L.C.; it mandates that rights be exercised in a spirit of fair play.

«fair play», et non simplement pour nuire à l'autre partie.

De même, le professeur Jobin écrit, *loc. cit.*, à la p. 135:

À juste titre, les tribunaux veulent éviter qu'une partie se serve d'un droit que lui confère le contrat par malice contre l'autre, de façon négligente ou pour une fin totalement étrangère à celle que le législateur ou les parties avaient en vue en créant ce droit.

La *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens* propose, à l'art. 6, de codifier en ces termes le principe de la bonne foi:

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi. Celle-ci se présume toujours.

Cet article s'inspire du texte proposé par l'Office de révision du Code civil, dans son *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil*, *op. cit.*, à la p. 4, dont l'art. 8 est ainsi libellé:

8 Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses devoirs selon les exigences de la bonne foi.

Il convient également de prendre note des commentaires que l'Office fait à cet égard dans son *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, *op. cit.*, à la p. 26:

8 ...

Cet article est nouveau, mais il renoue avec une longue tradition.

Le Code civil français contient, à l'article 1134 (correspondant à l'article 1022 C.c.[B.-C.]), une disposition semblable en matière contractuelle: «Elles (les conventions légalement formées) doivent être exécutées de bonne foi.»

Le rapport des codificateurs de 1866 ne s'explique pas sur les raisons qui les auraient incités à ne pas suivre le modèle français à cet égard. [Références omises.]

De façon générale, par conséquent, il semble incontestable que tout contrat comporte, en droit civil québécois, une obligation implicite d'agir de bonne foi. Cette obligation découle de la longue tradition civiliste que l'on trouve formulée à l'art. 1024 C.c.B.-C.; elle exige que les droits soient exercés dans un esprit de loyauté.

B) Analysis

Given these general comments, I will now turn to the main question: what is the basis of liability for the abuse of a contractual right? Is it the contractual ground of art. 1024 and 1065 C.C.L.C. or the quasi-delictual ground of art. 1053 C.C.L.C.? There again, one finds a doctrinal controversy in civil law, which I will briefly address at the outset.

1. *Doctrine*

Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at No. 592, p. 682, appear to be of the view that an abuse of a contractual right is grounded in delictual liability:

[TRANSLATION] Abuse of a right is a fault committed in exercising that right. This fault may consist of an intention to injure, in which case it is delictual; but it may also result simply from carelessness or negligence, in which case it is quasi-delictual.

They note at No. 559, p. 649:

[TRANSLATION] What then is the nature of the liability resulting from the exercise of a contractual right? Is it delictual liability or contractual liability?

The courts generally apply here the rules of delictual liability

A quick review of the situations in which the problem of abuse has arisen in contractual terms indicates that these precedents should be upheld.

Professor Geneviève Viney, in *Traité de droit civil*, vol. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions* (1982), at No. 195, p. 228, assesses the French jurisprudence in this way:

[TRANSLATION] The courts have also taken the same position in another case where the link between the act alleged against the defendant and the contract is even closer: this is the case of abuse of a right derived from a contract or even of simple fault in exercising such a right. The Chambre social of the Court of Cassation has had occasion to state that “abuse of right, whether committed within or without the limits of a contract, in all cases imposes delictual or quasi-delictual liability on its perpetrator”.

It would appear from these extracts that both French doctrine and jurisprudence adopt delictual

B) Analyse

Après ces quelques remarques d'ordre général, il y a lieu d'aborder la question principale: quel est le fondement de la responsabilité découlant de l'abus d'un droit contractuel? Est-ce le fondement contractuel des art. 1024 et 1065 C.c.B.-C. ou le fondement quasi délictuel de l'art. 1053 C.c.B.-C.? Là encore, il existe en droit civil une controverse doctrinale que je vais dès le départ exposer brièvement.

1. *Doctrine*

Mazeaud et Tunc, *op. cit.*, au n° 592, p. 682, paraissent d'avis que l'assise de la responsabilité pour abus d'un droit contractuel se trouve sur le plan délictuel:

L'abus d'un droit est une faute commise dans l'exercice de ce droit. Cette faute peut consister dans l'intention de nuire, auquel cas il y a faute délictuelle. Mais elle peut également résulter d'une simple imprudence ou négligence, auquel cas il y a faute quasi délictuelle.

et ils affirment au n° 559, p. 649:

Quelle est alors la nature de la responsabilité engagée par l'exercice d'un droit contractuel? S'agit-il d'une responsabilité délictuelle ou d'une responsabilité contractuelle?

Les tribunaux appliquent très généralement ici les principes de la responsabilité délictuelle . . .

L'examen rapide des situations dans lesquelles le problème de l'abus se pose sur le plan contractuel conduit à approuver cette jurisprudence.

Le professeur Geneviève Viney, dans *Traité de droit civil*, vol. IV, *Les obligations: la responsabilité—conditions* (1982), au n° 195, p. 228, analyse ainsi la jurisprudence française:

Les tribunaux adoptent d'ailleurs la même position dans une autre hypothèse où le lien entre le fait reproché au défendeur et le contrat est encore plus étroit: il s'agit de l'abus de droit d'origine contractuelle ou même d'une simple faute dans l'exercice d'un tel droit. En effet, la Chambre sociale de la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que «l'abus de droit, qu'il ait été commis dans le domaine contractuel ou extra-contractuel, engendre dans tous les cas la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle de son auteur.»

Il appert de ces extraits que la doctrine et la jurisprudence françaises adoptent toutes deux la

liability as a foundation for abuse of contractual rights. There however seems to have been a recent reassessment, at least on the part of doctrine.

Professor Viney, *op. cit.*, after noting the preference of French courts for delictual liability, criticizes the delictual approach, at No. 195, pp. 228-29:

[TRANSLATION] This solution [is] in actual fact rather strange for abuse of rights arising out the contract itself

However, while the courts quite frequently recognize this type of liability [delictual], they rarely have occasion to make this characterization as quite often there are special provisions in the applicable regime which are justified by the protection of the victim's professional interests.

Professor Tunc's remark in Mazeaud and Tunc, *op. cit.*, at note 559 (2 *ter*), pp. 649-50, is in the same vein:

[TRANSLATION] Abuse of rights . . . seems to give rise to contractual fault when it occurs in the performance, interpretation or rescission of a contract.

It is interesting to note that Mazeaud's earlier approach was questioned even at the time it was first proposed. Hubert de la Massuë, in his article "Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit" (1948), 46 *Rev. trim. dr. civ.* 29, expresses the view that abuse of contractual rights gives rise to contractual liability. He writes, at p. 33:

[TRANSLATION] A source of delictual liability can only arise outside, where the contractual roots cannot reach.

From this brief overview, the current trend of French doctrine appears to be moving towards contractual liability as the sole ground for liability in cases of abuse of contractual rights.

Quebec doctrine follows a similar evolution starting, as in France, from a delictual position held by Nadeau and Nadeau, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), at No. 211, p. 229:

responsabilité délictuelle comme fondement de l'abus de droit contractuel. Cependant, il semble y avoir eu récemment une réévaluation, du moins de la part de la doctrine.

^a Après avoir souligné, comme nous l'avons vu, la préférence des tribunaux français pour la responsabilité délictuelle, le professeur Viney, *op. cit.*, critique cette solution au n° 195, pp. 228 et 229:

^b Cette solution [est] à vrai dire assez inexplicable pour l'abus d'un droit issu du contrat lui-même . . .

^c Cependant, si les tribunaux admettent très fréquemment ce chef de responsabilité [délictuelle], ils n'ont que rarement l'occasion d'affirmer cette qualification car très souvent le régime applicable est affecté de particularités qui sont justifiées par la protection des intérêts professionnels de la victime.

^d La remarque du professeur Tunc dans l'ouvrage précité de Mazeaud et Tunc, à la note 559 (2 *ter*), pp. 649 et 650, est dans la même veine:

^e L'abus de droit [. . .] semble engendrer une faute contractuelle lorsqu'il se produit dans l'exécution, l'interprétation ou la résiliation d'un contrat.

^f Fait intéressant à souligner, la solution antérieure de Mazeaud a été remise en question à l'époque même où elle a été proposée. Hubert de la Massuë, dans son article «Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit» (1948), 46 *Rev. trim. dr. civ.* 29, exprime l'avis que c'est la responsabilité contractuelle qui sert d'assise à la doctrine de l'abus des droits contractuels lorsqu'il écrit, à la p. 33:

^g Une source de responsabilité délictuelle ne saurait sourdre qu'à l'extérieur, là où n'atteignent plus les racines contractuelles.

^h Il ressort de ce bref aperçu que la doctrine française s'oriente actuellement vers la reconnaissance de la responsabilité contractuelle comme seule source de responsabilité dans les cas d'usage abusif des droits contractuels.

ⁱ Au Québec, la doctrine suit une évolution semblable à partir, comme en France, de la solution délictuelle préconisée par Nadeau et Nadeau, dans leur *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle* (1971), au n° 211, p. 229:

[TRANSLATION] In Quebec, when we speak of abuse of rights, we mean simply that in a given case the holder of a right has exercised it unlawfully, to the detriment of others, or was guided by an intent to harm, or exercised his right in conditions which cannot justify the damage caused. The criterion applied is invariably that of fault within the meaning of art. 1053 C.C.[L.C.]

(See also Louis Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec* (1953), at p. 1283.)

In early Quebec doctrine, the delictual basis proposed by these authors may not even have been conceived to apply to the abuse of contractual rights since only in the last twenty years, and most particularly in the last decade, have the courts allowed the recourse. This evolution provided an environment in which doctrinal writers could directly apply themselves to analyzing the basis for the abuse of contractual rights.

Professor Crépeau, *op. cit.*, speaking of a contractual liability basis, observes, at p. 24:

[TRANSLATION] It [art. 1024 C.C.L.C.] could be given a more useful and productive role in developing a theory of abuse of contractual rights, just as art. 1053 of the Civil Code is now used as a basis for the theory of abuse of rights extra-contractually.

As well, Mayrand, "Abuse of Rights in France and Quebec", *op. cit.*, states at pp. 1010-11:

If one considers that the obligation to perform the contract in good faith is a condition implicitly agreed by the parties, the abuse of a contractual right is in itself a violation of the contract.

In his commentary on *Fiorito*, "Contrat—Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles", Baudouin, *op. cit.*, remarks, at p. 335:

[TRANSLATION] Further, in our view the legislative basis for this principle [the abuse of contractual rights] can be found in the rule stated in art. 1054 C.C.[L.C.] and the legal basis in the rule that every contract must be performed in good faith.

This conclusion is shared by Professor Jobin, *op. cit.*, at p. 133:

Dans le Québec, quand on parle de l'abus des droits, on veut signifier exclusivement qu'en un cas donné le détenteur d'un droit l'a exercé illégalement, au préjudice des autres, ou était guidé par l'intention de nuire ou encore a exercé son droit dans des conditions qui n'excusent pas le dommage causé. Le critère retenu invariablement est celui de la faute, dans l'esprit de l'art. 1053 C.c.[B.-C.]

(Voir également Louis Baudouin, *Le droit civil de la Province de Québec* (1953), à la p. 1283.)

Il est possible que ces auteurs de l'ancienne doctrine québécoise n'aient pas même conçu l'idée que le fondement délictuel puisse s'appliquer à l'abus des droits contractuels, étant donné que ce n'est qu'au cours des vingt dernières années, et plus particulièrement dans la dernière décennie, que les tribunaux ont accueilli ce recours. C'est grâce à l'environnement créé à la faveur de cette évolution que les auteurs ont pu aborder directement l'analyse du fondement de l'abus des droits en matière contractuelle.

Parlant d'une responsabilité à base contractuelle, le professeur Crépeau, *loc. cit.*, fait observer, à la p. 24:

On pourrait [. . .] lui [art. 1024 C.c.B.-C.] réserver un rôle plus utile et fécond dans l'élaboration d'une théorie de l'abus des droits contractuels tout comme l'article 1053 du Code civil sert aujourd'hui de fondement à la théorie de l'abus des droits sur le plan extra-contractuel.

Mayrand, «L'abus des droits en France et au Québec», *loc. cit.*, partage le même avis, à la p. 336:

Si on considère que l'obligation d'exécuter de bonne foi un contrat est une condition implicitement convenue entre les parties, l'abus d'un droit contractuel est en lui-même une violation d'un contrat.

Dans son commentaire en marge de la décision *Fiorito*, «Contrat—Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles», Baudouin, *loc. cit.*, fait observer, à la p. 335:

On peut d'ailleurs, à notre avis, trouver le fondement législatif de ce principe [l'abus de droit contractuel] dans la règle posée à l'article 1024 C.c.[B.-C.] et le fondement juridique dans la règle que tout contrat doit être exécuté de bonne foi.

Cette conclusion est, encore là, partagée par le professeur Jobin, *loc. cit.*, à la p. 133:

[TRANSLATION] In Quebec law, in our opinion, the justification for intervention by the courts through contractual liability to check abuse of right in contracts is the higher and more general standard of good faith in contracts.

And at p. 135 he comments:

[TRANSLATION] This principle [of good faith in the exercise of contractual rights] clearly belongs to the area of contract, not the general rules governing conduct between persons.

In summary, the current trend in both French and Quebec leading doctrinal writings is towards grounding liability in the contract when there is an abuse of a contractual right.

The same holds true for Quebec jurisprudence, although not without some controversy. The majority of cases, in effect, appears to find contractual liability for abuse of contractual rights.

2. *Jurisprudence*

While it may seem that French courts favour characterizing as delictual the liability arising from the abuse of contractual rights (for a detailed review of French jurisprudence, see Viney, *op. cit.*, at notes 83 to 87, No. 195, p. 228), Quebec courts have moved away from this notion, rather following, it seems to me, the latest French and Quebec doctrine. A review of recent case law will demonstrate this.

In *Marcotte v. Assomption Cie mutuelle d'assurance-vie*, [1981] C.S. 1102, Biron J., after a thorough review of the doctrine of the abuse of contractual rights, concludes, at p. 1108:

[TRANSLATION] After reviewing these decisions and opinions expressed on the point, this Court subscribes to the view that art. 1024 of the *Civil Code* allows the theory of abuse of rights to be applied in the law of contract.

In *Macaulay v. Imperial Life Assurance Co. of Canada*, Sup. Ct. Montréal, No. 500-05-015231-804, April 19, 1984 (summarized in J.E. 84-423), Gonthier J. (now of this Court) analyzes the two

En droit québécois, à notre avis, l'intervention des tribunaux, par la responsabilité contractuelle, pour réprimer l'abus de droit dans les contrats trouve son fondement dans cette norme supérieure et générale qu'est la bonne foi dans les contrats.

Et à la p. 135:

Ce principe [de la bonne foi dans l'exercice des droits contractuels] appartient bel et bien au domaine contractuel, et non aux règles générales qui gouvernent le comportement entre les personnes.

En résumé, il y a présentement chez les principaux auteurs, tant en France qu'au Québec, une tendance à trouver dans le contrat la source de la responsabilité pour abus d'un droit contractuel.

Il en va de même dans la jurisprudence québécoise, malgré certaines controverses. Dans la majorité des cas, de fait, on paraît opter pour la responsabilité contractuelle en présence d'abus des droits contractuels.

2. *Jurisprudence*

Même s'il semble qu'en France, les tribunaux favorisent la responsabilité délictuelle comme fondement de l'abus de droit en matière contractuelle (pour un examen détaillé de la jurisprudence française, voir Viney, *op. cit.*, aux notes 83 à 87, n° 195, p. 228), les tribunaux québécois se sont écartés de cette notion pour suivre, à ce qu'il me semble, la nouvelle doctrine française et québécoise, comme en témoigne une revue des plus importantes décisions récentes.

Dans l'affaire *Marcotte c. Assomption Cie mutuelle d'assurance-vie*, [1981] C.S. 1102, le juge Biron, après un examen approfondi de la théorie de l'abus des droits contractuels, conclut, à la p. 1108:

Après avoir pris connaissance de ces décisions (*sic*) des opinions exprimées sur le sujet, cette Cour se rallie à la doctrine selon laquelle l'article 1024 du *Code civil* permet d'appliquer la théorie de l'abus des droits au domaine contractuel.

Dans la décision *Macaulay c. Imperial Life Assurance Co. of Canada*, C.S. Montréal, n° 500-05-015231-804, 19 avril 1984 (résumé à J.E. 84-423), le juge Gonthier (maintenant de

potential sources of liability to arrive at the conclusion, at p. 6, that:

The better view as set forth by Mr. Justice Biron in the Marcotte case appears to be that this [abuse of contractual rights] rests upon art. 1024 of the Civil Code and the underlying principle of good faith in the execution of contracts.

In 1988, the Quebec Court of Appeal examined the same issue in *Drouin v. Électrolux Canada Ltée Division de les Produits C.F.C. Ltée*, [1988] R.J.Q. 950. Chouinard J.A. speaking for the court, writes, at pp. 952-53:

[TRANSLATION] Based on the concepts of good faith and equity which underlie all contracts, this theory [that there is an obligation to give a reasonable notice period even if the contract does not provide for one] involves abuse of rights, in view of the provisions of art. 1024 of the *Civil Code* which state that the obligations of a contract are not necessarily all expressed in the contract but extend also to the consequences which in certain cases may be incident to it.

See also *Germain v. Sergaz Inc.*, J.E. 81-334 (Sup. Ct.); *Caisse populaire St-Simon de Drummond v. Lalumière*, J.E. 82-1105 (Sup. Ct.); and the jurisprudence cited by Jobin, *op. cit.*, at note 24, p. 132. (*Contra: Carignan v. Infasco Division Ivaco Inc.*, J.E. 89-286 (Sup. Ct.); and the jurisprudence cited by Jobin, *op. cit.*, at note 22, p. 132.)

This trend towards contractual liability as the foundation for the abuse of contractual rights, in my view, conforms with art. 1023 and 1024 *C.C.L.C.* and I entirely subscribe to Professor Crépeau's assertion, in *Théorie générale de l'obligation juridique: éléments d'une introduction* (1987), at pp. 48-49:

[TRANSLATION] If the conditions exist for the contractual provisions to apply in the circumstances, the fault is contractual.

The principle of freedom of contract, the implied intention of the legislature, logic and the coherence of the system of civil liability require respect for the characterization of the regime which the parties have expressly or by implication chosen to govern their mutual relations.

notre Cour) analyse les deux sources possibles de responsabilité pour en venir à la conclusion, à la p. 6, que:

[TRANSLATION] La meilleure solution, telle que l'a exposée le juge Biron dans l'affaire Marcotte, paraît être que cet [abus d'un droit contractuel] s'appuie sur l'art. 1024 du Code civil et sur le principe sous-jacent de la bonne foi dans l'exécution des contrats.

En 1988, la Cour d'appel du Québec a examiné la même question dans l'arrêt *Drouin c. Électrolux Canada Ltée Division de les Produits C.F.C. Ltée*, [1988] R.J.Q. 950. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Chouinard écrit, aux pp. 952 à 953:

Fondée sur les notions de bonne foi et d'équité à la base de tous les contrats, cette théorie [qu'il y a obligation de donner un préavis raisonnable même si le contrat ne comporte aucune disposition à cet égard] met en cause l'abus de droit, compte tenu des dispositions de l'article 1024 du *Code civil* qui édictent que les obligations d'un contrat n'y sont pas nécessairement toutes exprimées mais comprennent aussi les conséquences qui peuvent en découler, en certains cas.

Voir également *Germain c. Sergaz Inc.*, J.E. 81-334 (C.S.); *Caisse populaire St-Simon de Drummond c. Lalumière*, J.E. 82-1105 (C.S.); ainsi que la jurisprudence citée par Jobin, *loc. cit.*, à la note 24, p. 132. (En sens contraire: *Carignan c. Infasco Division Ivaco Inc.*, J.E. 89-286 (C.S.), et la jurisprudence citée par Jobin, *loc. cit.*, à la note 22, p. 132.)

Cette tendance à considérer la responsabilité contractuelle comme le fondement de l'abus des droits contractuels est, à mon avis, conforme aux art. 1023 et 1024 *C.C.B.-C.* et je souscris entièrement à l'assertion que fait le professeur Crépeau dans *Théorie générale de l'obligation juridique: éléments d'une introduction* (1987), aux pp. 48 et 49:

Si les conditions d'application du régime contractuel trouvent application en l'espèce, la faute est contractuelle...

Le principe de la liberté contractuelle, la volonté implicite du législateur, la logique et la cohérence du système de responsabilité civile exigent le respect de la qualification du régime que les parties ont expressément ou implicitement choisi pour régir leurs relations réciproques.

To summarize, then, it appears indisputable that the doctrine of abuse of contractual rights is now part of Quebec law. The standard with which to measure such abuse has expanded from the stringent test of malice or bad faith, and now includes reasonableness, as expressed by reference to the conduct of a prudent and diligent individual. This test could encompass a number of situations, including the use of a contract for purposes other than the ones contemplated by the parties. Consequently, the proper approach can be formulated as follows: were such rights exercised in the spirit of fair play? With regard to the foundation for the doctrine, as both Quebec doctrine and jurisprudence hold, the rules of contractual liability do govern the abuse of contractual rights since implicitly, in every contract, according to the civil law, parties undertake to act in the prudent and diligent manner of a reasonable individual and within the confines of fair play when exercising their contractual rights. If this implicit obligation is breached, then contractual liability is engaged with regard to the other contracting party.

It would however be wrong to think that the mere existence of a contract between the parties excludes the possibility of a delictual liability between them. It is at this point that the coexistence of contractual and delictual liability will be briefly discussed.

C) The Coexistence of Contractual and Delictual Liability

That the two sources of liability can coexist is not in question. However, some comments about the extent to which they can coexist are appropriate both for contracting parties and with respect to third parties.

Gonthier J. recently reaffirmed the principle of coexistence between contracting parties in *Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 1554, where he states, at pp. 1566-67:

The fact that McDonnell Douglas is party to a contract . . . does not make their failure to warn Air Canada of

En résumé, donc, il semble que la théorie de l'abus des droits contractuels fasse aujourd'hui incontestablement partie du droit québécois. Fondée au départ sur le critère rigoureux de la malice ou de la mauvaise foi, la norme servant à apprécier l'existence d'un tel abus s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit, tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente. Ce critère peut couvrir un grand nombre de situations, y compris l'utilisation d'un contrat à une fin autre que celle envisagée par les parties. On pourrait donc formuler ainsi le critère approprié: tels droits ont-ils été exercés dans un esprit de loyauté? Pour ce qui est du fondement de la théorie, suivant la solution à la fois doctrinale et jurisprudentielle au Québec, c'est bien le régime contractuel de responsabilité qui régit l'abus d'un droit contractuel puisque, implicitement en droit civil, les parties à tout contrat s'engagent à agir, dans l'exercice de leurs droits contractuels, à la manière prudente et diligente d'une personne raisonnable et dans les limites de la loyauté. S'il y a violation de cette obligation implicite, la responsabilité contractuelle est alors engagée à l'égard du cocontractant.

Il serait toutefois erroné de penser que la simple présence d'un contrat entre les parties exclut toute possibilité qu'existe entre elles une responsabilité délictuelle. C'est ici qu'il convient d'examiner brièvement la question de la coexistence de la responsabilité contractuelle et délictuelle.

C) La coexistence des responsabilités contractuelle et délictuelle

La question n'est pas de savoir si les deux sources de responsabilité peuvent coexister: elles le peuvent. Il y a lieu, toutefois, de faire quelques remarques sur l'étendue de cette coexistence, tant à l'égard des parties contractantes qu'à l'égard des tiers.

Le juge Gonthier a réaffirmé récemment le principe de la coexistence entre les parties contractantes dans l'arrêt *Air Canada c. McDonnell Douglas Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 1554, où il dit, aux pp. 1566 et 1567:

Le fait que McDonnell Douglas soit partie à un contrat [...] ne signifie pas pour autant que leur omission

that danger any less of a fault which, independent of the genesis of the danger, grounds an action in quasi-delict.

In order to find delictual liability between the contracting parties themselves however, there must exist, independently of the contract, a legal obligation deriving from art. 1053 *C.C.L.C.*, which would apply generally, not only to the contracting parties. In *Air Canada*, the action was not based on the contract but on art. 1053 *C.C.L.C.*, alleging the extra-contractual fault of the failure to warn the purchaser of a hidden danger in the goods sold.

Similarly, in *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578, it was decided that the facts gave rise to extra-contractual liability between contracting parties, based on the manufacturer's failure to warn the purchaser of the dangers of the machine. (The question of the choice between or the "cumul" or joinder of recourses, which was at issue in *Wabasso*, is not at issue here.) As in *Air Canada*, the action was not based on the contractual obligations undertaken by the parties, but rather on the delictual liability of the manufacturer.

Viewed in this factual context, these cases support the proposition that even between contracting parties, extra-contractual liability can exist, so long as the fault alleged is independent of the contract and would have existed even in the absence of a contract.

In both of these cases, it must be noted, the Court was dealing solely with preliminary exceptions to dismiss actions where the facts alleged are taken as true.

Contractual and delictual liability can also coexist when third parties are affected. The fact that two parties have contracted does not shield them from their extra-contractual liability towards those outside the contractual sphere. The classic case in support of this position is *Ross v. Dunstall* (1921), 62 S.C.R. 393. Dunstall, who did not purchase the sporting rifle directly from the manufacturer,

d'avertir Air Canada de ce danger ne constitue pas une faute qui, indépendamment de l'origine du danger, donne ouverture à une action quasi délictuelle.

Toutefois, pour pouvoir conclure que la responsabilité délictuelle est engagée entre les parties contractantes elles-mêmes, il faut qu'il existe, indépendamment du contrat, une obligation légale dérivée de l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, susceptible de s'appliquer de façon générale et non aux seuls contractants. Dans l'affaire *Air Canada*, l'action n'était pas fondée sur le contrat mais sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, la faute extra-contractuelle alléguée consistant à n'avoir pas averti l'acheteur du danger caché que comportaient les biens vendus.

De même, dans l'arrêt *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578, on a jugé que les faits donnaient ouverture à une responsabilité extra-contractuelle entre les parties contractantes en raison du défaut par le fabricant d'avertir l'acheteur des dangers de la machine. (La question du choix entre les recours ou encore de leur cumul ou jonction, qui était soulevée dans cette affaire, ne se pose pas en l'espèce.) Comme dans l'affaire *Air Canada*, l'action ne prenait pas appui sur les obligations auxquelles les parties s'étaient engagées par contrat, mais plutôt sur la responsabilité délictuelle du fabricant.

Considérés sous cet angle factuel, ces arrêts viennent appuyer l'argument selon lequel il peut y avoir ouverture à responsabilité extra-contractuelle même entre parties contractantes, dans la mesure où la faute alléguée est indépendante du contrat et aurait existé même en l'absence d'un contrat.

Il y a lieu de souligner que, dans ces deux cas, la Cour n'était saisie que d'exceptions préliminaires concluant au rejet de l'action, où les faits allégués doivent être tenus pour avérés.

Il peut également y avoir coexistence des responsabilités contractuelle et délictuelle dans le cas où des tiers sont en cause. Le fait que deux parties aient contracté ne les met pas à l'abri de la responsabilité extra-contractuelle qu'elles peuvent encourir à l'extérieur de la sphère contractuelle. L'arrêt classique sur ce point est *Ross v. Dunstall* (1921), 62 R.C.S. 393. Dunstall, qui n'avait pas acheté le

nonetheless took action based on art. 1053 C.C.L.C. alleging the manufacturer's failure to provide proper instructions for reassembly of the weapon and the failure to warn of the weapon's dangers. Although the same failure to warn may, in this case, have been a breach of a contractual obligation to a contracting party, the manufacturer was held delictually liable to a third party who was not a party to the contract.

In *Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] S.C.R. 168, a third party (the appellants) claimed that the respondent was delictually liable for the damages resulting from the respondent's failure to execute a contractual obligation undertaken towards the owner of the building. Pigeon J., for the Court, allowed for such possibility arising outside the contractual sphere, but he specifically noted that this must be an independent extra-contractual liability. At page 173, he stated:

It is true that the existence of contractual relations does in no way exclude the possibility of a delictual or quasi-delictual obligation arising out of the same fact. However, it is necessary for this that all the elements required to give rise to such responsibility should be found.

At the hearing . . . a great many cases and authors were quoted to demonstrate that a duty a breach of which is a fault may exist without an explicit legal provision proclaiming its existence. This is not doubtful but does not mean that we should consider as such a duty an obligation that does not arise from the law but solely from a contract with a third party.

(See also *Bernard v. Cloutier*, [1982] C.A. 289, where I allowed for the possibility that a hospital that was contractually liable to its patient could also be found delictually liable to the spouse, although, on the facts of the case, no delictual liability arose; and the jurisprudence cited by Baudouin, *Les obligations*, op. cit., at note 24, p. 257.)

fusil de chasse directement du fabricant, a néanmoins intenté contre lui une action fondée sur l'art. 1053 C.c.B.-C., alléguant que ce dernier n'avait pas fourni les instructions nécessaires au remontage de l'arme ni fait de mise en garde contre ses dangers potentiels. Bien que ce même défaut d'avertissement ait pu, en l'occurrence, constituer la violation d'une obligation contractuelle envers l'une des parties contractantes, le fabricant a été tenu responsable en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C. envers un tiers qui n'était pas partie au contrat.

Dans l'arrêt *Alliance Assurance Co. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1970] R.C.S. 168, une tierce partie (les appelantes) soutenait que l'intimée était délictuellement responsable des dommages résultant de l'inexécution de l'obligation qu'elle avait contractée envers le propriétaire du bâtiment. Au nom de la Cour, le juge Pigeon a reconnu qu'il était possible d'encourir une responsabilité extra-contractuelle à l'extérieur du champ contractuel, mais il a expressément souligné qu'il devait alors s'agir d'une responsabilité extra-contractuelle indépendante. Il déclare ainsi, à la p. 173:

Il est vrai que l'existence de relations contractuelles n'exclut aucunement la possibilité d'une obligation délictuelle ou quasi-délictuelle découlant du même fait. Encore faut-il pour que cela soit possible que se rencontrent tous les éléments requis pour donner naissance à cette dernière responsabilité.

À l'audition [. . .] on nous a cité beaucoup de jurisprudence et de doctrine pour démontrer qu'un devoir dont la violation constitue une faute peut fort bien exister sans qu'un texte formel en proclame l'existence. Cela n'est pas douteux mais ne signifie aucunement qu'il y a lieu de considérer comme un tel devoir une obligation qui ne découle pas de la loi mais uniquement d'un contrat avec un tiers.

(Voir également *Bernard c. Cloutier*, [1982] C.A. 289, où j'ai admis la possibilité qu'un hôpital, contractuellement responsable envers son patient, soit également tenu délictuellement responsable envers l'épouse, même si, vu les faits particuliers de la cause, la question de la responsabilité délictuelle ne se soulevait pas; ainsi que la jurisprudence citée par Baudouin dans *Les obligations*, op. cit., à la note 24, p. 257.)

In summary, although contractual and delictual liability may coexist even in the context of a contract, delictual liability must arise independently of contractual obligations and all the elements required to give rise to such liability must be found. In the context of an abuse of contractual rights, it is the rights arising out of the contract itself which are exercised, and only the contracting parties possess these rights and the correlative obligation to exercise them reasonably. This obligation is derived exclusively from the contract. Consequently, when the fault alleged arises strictly from the abuse of a contractual right, then the liability must have its source in the contract.

Conversely, since a claim for abuse of contractual rights is based solely on contractual grounds, the contracting parties alone have a right of action. From this flows the conclusion that the respondent shareholders in the present case, given that it was the company which contracted with the bank, have no right of action based on the contract, for the abuse by the bank of those contractual rights. Such action is only open to the company, a party to the contract. The company in the present case did not take action against the bank, given that it was sold shortly after the liquidation of the assets and the new purchaser released the bank of potential liability for its actions in the execution of the loan. It is against this background, as well as the principles previously discussed, that liability for the respondent shareholders' claim against the appellant bank must be assessed.

Application to the Facts of the Case

The first step in this analysis is to determine the respective rights of the parties, contractually and extra-contractually.

I. The Rights of the Bank

Advances by the bank to the company were made by way of promissory notes signed by the company. As noted in the appellant's factum at pp. 1-2:

En somme, bien que la responsabilité tant contractuelle que délictuelle puisse coexister même en présence d'un contrat, il faut, pour qu'il y ait responsabilité délictuelle, que celle-ci existe indépendamment des obligations contractuelles et que se rencontrent tous les éléments requis pour y donner naissance. Dans le cadre de l'exercice abusif des droits contractuels, ce sont les droits résultant du contrat lui-même qui sont exercés, droits que seules possèdent les parties contractantes, tout comme l'obligation corrélatrice de les exercer raisonnablement. Cette obligation dérive exclusivement du contrat. Par conséquent, lorsque la faute alléguée découle strictement de l'abus d'un droit contractuel, la responsabilité ne peut alors prendre sa source que dans le contrat.

Réciproquement, une réclamation pour abus des droits contractuels ne pouvant être fondée que sur des assises contractuelles, seules les parties contractantes ont un droit d'action. Il découle de ce postulat que les actionnaires intimés dans la présente espèce n'ont, étant donné que c'est la compagnie qui a contracté avec la banque, aucun droit d'action fondé sur le contrat pour abus par la banque de ses droits contractuels. Ce recours n'est ouvert qu'à la compagnie, partie au contrat. En l'espèce, la compagnie n'a pas intenté d'action contre la banque car elle a été vendue peu après la liquidation de ses actifs et le nouvel acheteur a libéré la banque de toute responsabilité pouvant résulter de ses agissements dans l'exécution du prêt. C'est dans ce contexte, ainsi qu'à la lumière des principes examinés précédemment que doit être appréciée la responsabilité en ce qui a trait à la demande que font valoir les actionnaires intimés contre la banque appelante.

Application aux faits de l'espèce

La première étape de cette analyse consiste à déterminer les droits respectifs des parties, sur les plans contractuel et extra-contractuel.

I. Les droits de la banque

Les avances que la banque a consenties à la compagnie l'étaient sous forme de billets à ordre. Comme le souligne l'appelante dans son mémoire, aux pp. 1 et 2:

[TRANSLATION] Advances made under the rotating line of credit were made in the normal course of business by notes payable on demand in accordance with the banking practice then in effect. [Emphasis added.]

It is not contested by either party that the bank had the right to recall the loan on demand. By advancing money in the form of "promissory notes", the bank effectively provided itself with a means of recalling the loan on demand. As Louis Payette, in "Prise de possession: demande de paiement et délai raisonnable", in Meredith Memorial Lectures 1981, *New Developments in Commercial Lending* (1982), 129, notes, at p. 135:

[TRANSLATION] No grace period is given by the *Bills of Exchange Act* [R.S.C., 1985, c. B-4] for payment of a bill payable on demand. Refusal to pay immediately gives rise to a remedy. The demand promissory note becomes payable as soon as it is made and the obligor must pay as soon as the first demand is made.

(For a more detailed analysis of the effect of promissory notes, see L'Heureux, *op. cit.*, at pp. 287-96; and Caron, *Précis de droit des effets de commerce* (7th ed. 1978), at pp. 185-87.)

Other provisions pertinent to this case can be found in the "Convention établissant les pouvoirs de la Banque Canadienne Nationale relativement à toutes les avances faites par elle et aux garanties s'y rapportant", as evidenced in paragraphs 4 and 10 of exhibit D-1:

[TRANSLATION] 4. In the event of failure by the customer to pay in full any advance or debt, the Bank is authorized to realize in whole or in part on the guarantees given by the customer and to sell in whole or in part the property (hereinafter referred to as the "effects") pledged or covered by these guarantees, and all its proceeds, in such manner, at such time and at such place as the Bank, in the exercise of its absolute discretion, shall decide, without notice to the customer or to any person whatsoever, and without any obligation to place any advertisement or sell at public auction . . .

10. The Bank or its representative may at any time, without notice, force entry to the property (real or personal) of the customer and the premises occupied by him in connection with the effects (except for the establishment of a warehouseman or carrier); it may effect

Les avances consenties aux termes de la marge de crédit rotatif étaient faites dans le cours normal des affaires au moyen de billets payables sur demande selon la pratique bancaire alors en usage. [Je souligne.]

^a Ni l'une ni l'autre des parties ne conteste le droit qu'avait la banque de rappeler le prêt sur demande. En avançant de l'argent sous forme de «billets à ordre», la banque s'était effectivement dotée d'un moyen de révoquer le prêt à demande. Comme le souligne Louis Payette dans «Prise de possession: demande de paiement et délai raisonnable», dans Conférences commémoratives Meredith 1981, *Les tendances actuelles en matière de financement commercial* (1982), 129, à la p. 135:

^d Aucun délai de grâce n'est accordé par la *Loi [sur les] lettres de change* [L.R.C. (1985), ch. B-4] pour le paiement de la lettre payable sur demande. Sur refus de payer s'ouvre immédiatement un recours. Le billet promissoire à demande devient exigible dès le moment où il est fait et l'obligé doit payer sitôt la première demande faite.

^e (Pour une analyse plus détaillée de l'effet des billets à ordre, voir L'Heureux, *op. cit.*, aux pp. 287 à 296; de même que Caron, *Précis de droit des effets de commerce* (7^e éd. 1978), aux pp. 185 à 187.)

^f D'autres dispositions, ici pertinentes, se trouvent dans la «Convention établissant les pouvoirs de la Banque Canadienne Nationale relativement à toutes les avances faites par elle et aux garanties s'y rapportant», comme en font foi les paragraphes 4 et 10 de la pièce D-1:

^g 4. À défaut de paiement complet par le client de toute avance ou dette, la Banque est autorisée à réaliser en totalité ou en partie les garanties données par le client et à vendre totalement ou partiellement, les biens (ci-après désignés les effets) gagés ou couverts par ces garanties, et tous leurs produits, de la manière, à l'époque et à l'endroit que la Banque, dans l'exercice d'une discrétion absolue, choisira, et ce, sans avis au client ou à qui que ce soit et sans obligation d'annoncer ou de vendre aux enchères publiques . . .

^j 10. La Banque ou son représentant pourra en tout temps, sans mise en demeure, forcer l'entrée des propriétés (foncières ou personnelles, immobilières ou mobilières) du client et des lieux occupés par lui en rapport avec les effets (sauf l'établissement d'un entrepreneur ou voi-

entry therein, occupy and use the same without cost and to the exclusion of any other person, including the *customer*, until it has disposed of the *effects* . . . [Emphasis in original.]

Thus, according to the agreement between the parties, in conformity with the applicable legislation, the bank had the right to be paid upon demand, a demand that could have been made at any time, and it also had the right to realize its securities without notice.

II. *The Recall of the Loan*

In accordance with its rights, the bank did recall its loan and realize its securities. The question is whether it abused its rights in so doing. Such abuse can arise, in my view, when contractual rights are not executed in a reasonable fashion. As Jack Veziar, in *La responsabilité du banquier en droit privé français* (3rd ed. 1983), writes, at No. 282, p. 201:

[TRANSLATION] Termination which occurs “abruptly” or “brusquely”, that is, without prior warning and without giving a period of “reasonable” notice that will allow the debtor to make arrangements, may be abusive.

And Payette, *op. cit.*, notes, at p. 139:

[TRANSLATION] However, it would not be surprising if our courts were to find a means of penalizing a creditor who has suddenly revoked a line of credit without reasons based on the risk to his debt or his security. Perhaps this obligation could be linked to that of performing every agreement in good faith, as the Supreme Court recently did in the field of bank sureties [*Soucisse, supra*].

The importance of the “suddenness” of a recall of credit must not however be overstated. No matter how many warnings a debtor may be given, the actual moment of the recall of a loan will always be a sudden and dramatic event. Gonthier J. comments on the abrupt termination of contractual relationships in *Macaulay, supra*, at p. 8:

It [the employer] exercised a right which could be harsh in its consequences on the Defendant [the employee], but to which it was entitled by contract and it did so for

turier); elle pourra y pénétrer, les occuper et s'en servir, sans frais, et à l'exclusion de toute autre personne y compris le *client*, jusqu'à ce qu'elle ait disposé des *effets* . . . [En italique dans l'original.]

^a Ainsi, suivant l'entente intervenue entre les parties et conformément à la législation applicable, la banque avait et le droit d'être payée sur demande de paiement, demande qui aurait pu être faite en tout temps, et le droit de réaliser ses garanties sans préavis.

II. *Le rappel du prêt*

En conformité avec ses droits, la banque a effectivement rappelé son prêt et réalisé ses garanties. La question est de savoir si, ce faisant, elle a abusé de ses droits. À mon avis, un tel abus peut survenir lorsque des droits contractuels ne sont pas exercés de façon raisonnable. Comme le fait observer Jack Veziar, dans *La responsabilité du banquier en droit privé français* (3^e éd. 1983), au n^o 282, p. 201:

^e Peut être abusive la résiliation qui intervient «brutalement» ou «brusquement», c'est-à-dire sans avertissement préalable et sans le respect d'un délai de préavis «raisonnable» qui permette au crédité de prendre ses dispositions.

Et Payette, *loc. cit.*, souligne, à la p. 139:

^f Cependant, il ne serait pas étonnant que nos tribunaux trouvent un moyen de sanctionner le comportement du créancier qui aurait révoqué une ouverture de crédit subitement et sans raisons fondées sur le risque couru pour sa créance ou pour ses garanties. Peut-être rattacherait-on cette obligation à l'obligation d'exécuter de bonne foi toute convention, comme la Cour Suprême le faisait récemment dans le domaine du cautionnement bancaire [*Soucisse, précité*].

^h On ne doit cependant pas exagérer l'importance de la «soudaineté» d'une révocation de crédit. Peu importe, en effet, le nombre d'avertissements qu'a pu recevoir le débiteur, le moment même du rappel d'un prêt constituera toujours un événement soudain et dramatique. Le juge Gonthier fait, dans l'arrêt *Macaulay*, précité, à la p. 8, la remarque suivante sur la fin abrupte des relations contractuelles:

ⁱ [TRADUCTION] Il [l'employeur] a exercé un droit qui pouvait avoir de lourdes conséquences pour le défendeur [l'employé], mais c'est un droit que lui conférait le

reasons which it had assessed in good faith and which were pertinent.

The right to recall a loan as soon as financial difficulties are noticed is perhaps the key security for an institution or individual providing a rotating line of credit. With the possibility of other creditors taking recourse that could preempt the lender's rights, no creditor should have to be in a less advantageous position than any other.

In the present case, the bank's recall of the loan was taken after a report was completed surrounding the financial circumstances of the company. This report indicated that there were sufficient reasons for the bank to demand payment, and no evidence was adduced to indicate that the bank's conclusions were not reasonable. The bank exercised its right to recall the loan after a reasoned decision, based on objective economic factors. There is no evidence that there were any extraneous considerations to that decision and nothing demonstrates that the demand was made [TRANSLATION] "without reasons based on the risk to his debt or his security". It follows that the respondents have been unable to prove that the bank's decision was taken for reasons which it had not assessed in good faith and which were not pertinent. Therefore, I must conclude that the recalling of the loan was not in itself an abuse of the bank's contractual rights. That, however, is not the end of the matter.

III. *The Reasonableness of the Delay*

The recall of a loan can be quite proper and not constitute in and of itself an abuse of rights under the contract, as discussed above. Nonetheless, should the length of the delay between the demand for payment and the realization of the securities or liquidation of assets be found to be unreasonable, an abuse of such contractual right may still occur.

When a bank recalls a loan, the demand for payment serves to put the debtor in default. If this demand is to have any meaning, then there must be a reasonable time given to respond to it. There seems to be unanimity in Quebec doctrine on this

contrat et il l'a exercé pour des motifs qu'il avait évalués de bonne foi et qui étaient pertinents.

Le droit de rappeler un prêt dès qu'apparaissent des difficultés financières est peut-être la garantie clé que détient l'institution ou la personne qui consent une marge de crédit. Les recours d'autres créanciers pouvant faire échec aux droits du prêteur, rien n'oblige, en effet, un créancier à se retrouver dans une position moins avantageuse.

En l'espèce, le rappel du prêt a été effectué après l'établissement d'un rapport sur la situation financière de la compagnie. D'après ce rapport, la banque avait des motifs suffisants d'exiger le paiement, et on n'a présenté aucune preuve démontrant que les conclusions auxquelles elle est parvenue à cet égard n'étaient pas raisonnables. La banque a exercé son droit de rappeler le prêt au terme d'une décision raisonnée, fondée sur des critères économiques objectifs. Il n'y a aucune preuve que cette décision ait été influencée par des considérations extérieures et rien n'indique que la demande ait été faite «sans raisons fondées sur le risque couru pour sa créance ou pour ses garanties». Il en résulte que les intimés n'ont pas réussi à prouver que la décision de la banque a été prise pour des motifs qu'elle n'avait pas évalués de bonne foi et qui n'étaient pas pertinents. En conséquence, je me dois de conclure que le rappel du prêt ne constituait pas en lui-même un abus des droits contractuels de la banque. Le débat, toutefois, n'est pas clos pour autant.

III. *Le caractère raisonnable du délai*

Il est possible que le rappel d'un prêt soit tout à fait justifié et ne constitue pas, en soi, un abus des droits conférés par le contrat, comme nous venons de le voir. Cependant, le délai écoulé entre la demande de paiement et la réalisation des garanties ou la liquidation des biens serait-il jugé déraisonnable qu'il pourrait tout de même alors y avoir abus d'un tel droit contractuel.

Lorsqu'une banque révoque un prêt, la demande de paiement équivaut à une mise en demeure du débiteur. Mais pour que cette demande ait un sens, le délai accordé pour y répondre doit être raisonnable. La doctrine semble unanime sur ce point au

subject. Payette, *op. cit.*, states it in these terms, at p. 156:

[TRANSLATION] A request for payment is a request for performance. Logically, it should be followed by a lapse of time during which such performance may occur. If the creditor does not give the debtor time for performance, it will be hard for him to argue that the latter has not complied with his request. He will not really have established failure to make payment. By taking possession of pledged goods or starting to dispose of them as soon as the request for payment is made, he is probably preventing his debtor from paying.

Professor Paul Martel, in his commentary on the Court of Appeal's decision in the present case, "L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*: Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le "voile corporatif" " (1987), 33 *McGill L.J.* 213, adds, at p. 216:

[TRANSLATION] ... it is now established in Canadian and Quebec law that a creditor must give his debtor a reasonable time to make payment.

Professor Jobin, *op. cit.*, elaborates, at p. 137:

[TRANSLATION] Notice is not a mere formality; it has a specific function. The purpose of reasonable notice is to give the debtor a real chance to make payment, that is, the minimum time needed to find funds and transfer them to the lender.

While, of course, it may be quite legitimate for a creditor to request immediate payment of a loan payable on demand, the principle of reasonable delay demands that such creditor not realize its securities or take possession of assets before giving the debtor, depending on the circumstances of each case, a reasonable delay to meet its obligations. What must be examined are the sanctions taken by a creditor after the demand for payment, and the manner in which those sanctions are exercised. Payette, *op. cit.*, at p. 165, makes the following distinction:

[TRANSLATION] Did the creditor begin to liquidate the assets immediately or did he simply take action to prevent dilapidation or ensure he would have possession of the assets? Were the initial steps taken for conservation or were they also steps to dispose of the property? [Emphasis added.]

Québec. Payette, *loc. cit.*, s'exprime en ces termes, à la p. 156:

Une demande de paiement est une demande d'exécution. La logique veut qu'elle soit suivie d'un laps de temps pendant lequel cette exécution puisse avoir lieu. Si le créancier ne laisse pas au débiteur le temps de s'exécuter, il pourra difficilement prétendre que celui-ci n'a pas obtempéré à sa demande. Il n'aura pas établi vraiment le défaut de paiement. En prenant possession de biens engagés, ou en commençant à en disposer, sitôt la demande de paiement faite, il empêche probablement son débiteur de payer.

Dans son commentaire sur l'arrêt rendu par la Cour d'appel dans la présente affaire, «L'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Houle*: Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le «voile corporatif» (1987), 33 *R.D. McGill* 213, le professeur Paul Martel ajoute, à la p. 216:

... il est maintenant établi en droit canadien et québécois que ce créancier doit accorder à son débiteur un délai raisonnable pour lui permettre de payer.

Le professeur Jobin, *loc. cit.*, précise, à la p. 137:

La mise en demeure n'est pas une simple formalité; elle joue un rôle précis. Le but de ce délai raisonnable est d'accorder au débiteur la possibilité réelle de payer, c'est-à-dire le temps minimum nécessaire pour trouver des fonds et les remettre au prêteur.

Bien qu'un créancier puisse tout à fait légitimement, bien sûr, exiger le paiement immédiat d'un prêt payable à demande, le principe du délai raisonnable exige que le créancier ne réalise pas ses garanties ou ne prenne pas possession des biens avant de donner au débiteur, selon les circonstances, un délai raisonnable pour qu'il puisse s'acquitter de ses obligations. Ce qu'on doit prendre en considération, ce sont les sanctions prises par le créancier après la demande de paiement et la façon dont ces sanctions sont exercées. Payette, *loc. cit.*, établit la distinction suivante, à la p. 165:

Le créancier a-t-il commencé à liquider immédiatement les actifs ou s'est-il contenté d'intervenir pour empêcher la dilapidation ou pour s'assurer la saisine de ces actifs? Les premières mesures adoptées furent-elles conservatoires ou s'est-il agi aussi de gestes de disposition de biens? [Je souligne.]

The principle of a reasonable delay between the demand for payment and the realization of securities is also well established in Quebec jurisprudence.

The decision in *Pole Lite Ltée v. Banque Provinciale du Canada*, [1984] C.A. 170, marked an acceptance of the principle of reasonable delay in Quebec jurisprudence. On the facts of the case, no abuse of contractual rights was found. However, the Court of Appeal expressly allowed for the possibility that a quick liquidation could amount to an abuse of rights. At pages 176-77, Beauregard J.A. comments:

[TRANSLATION] This is not a case in which the bank, through unreasonable fear of losing its security, liquidated the latter overnight without giving its customer a chance to find a solution to his problem. [Emphasis added.]

A similar result was reached in *Caisse populaire de Baie St-Paul v. Simard*, *supra*, a case where the facts were strikingly similar to those in the present instance, the delay between the demand for payment and the seizure by the Caisse populaire being only two hours. Desmeules J. observes, at p. 9:

[TRANSLATION] It is true that at the time the seizure was made, Mr. Simard had asked Mr. Bolduc for more time and that in fact a period of two hours was granted, but the Court considers that in the circumstances that period was much too short.

The principle of reasonable delay was again applied in *Banque Royale du Canada v. Nettoyeur Terrebonne (1985) Inc.*, J.E. 88-61 (Sup. Ct.), where Colas J. held that a five-day delay between the demand for payment and the realization of the securities was insufficient given that the demand was made during the Christmas holiday period.

Even in cases where allegations of abuse of contractual rights were rejected, the principle of a reasonable delay has still been maintained. For example, in *Equipements Select*, *supra*, the bank took several months before it liquidated the assets of the company, where the company was in no position whatsoever to pay back the loan (p. 11). In *Charland v. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, Sup. Ct. Beauharnois, No. 760-05-

Le principe du délai raisonnable à respecter entre la demande de paiement et la réalisation des garanties est bien établi également dans la jurisprudence du Québec.

^a C'est l'arrêt *Pole Lite Ltée c. Banque Provinciale du Canada*, [1984] C.A. 170, qui a marqué l'acceptation du principe du délai raisonnable en jurisprudence québécoise. Les faits dans cette affaire ne révélaient pas d'abus dans l'exercice des droits contractuels. Toutefois, la Cour d'appel y a expressément reconnu la possibilité qu'une liquidation expéditive constitue un abus de droit. Le juge Beauregard s'exprime ainsi, aux pp. 176 et 177:

^c Nous ne sommes pas en présence d'un cas où la banque, par crainte exagérée de perdre ses sûretés, liquide du jour au lendemain celles-ci en ne laissant pas l'occasion à son client de trouver une solution à son problème. [Je souligne.]

^d On est arrivé à un résultat semblable dans *Caisse populaire de Baie St-Paul c. Simard*, précité, affaire où les faits ont une ressemblance frappante avec ceux de la présente instance, le délai entre la demande de paiement et la saisie par la Caisse populaire n'ayant été que de deux heures. Le juge Desmeules faisait observer, à la p. 9:

^e Il est vrai qu'au moment où la saisie a été pratiquée, monsieur Simard a demandé un délai à monsieur Bolduc et qu'en fait, un délai de deux heures fut accordé, mais le Tribunal est d'avis qu'un tel délai était beaucoup trop court dans les circonstances.

^g Le principe du délai raisonnable a été de nouveau appliqué dans l'affaire *Banque Royale du Canada c. Nettoyeur Terrebonne (1985) Inc.*, J.E. 88-61 (C.S.), où le juge Colas a statué qu'un délai de cinq jours entre la demande de paiement et la réalisation des garanties était insuffisant et la réalisation des garanties était insuffisante étant donné que la demande avait été faite pendant le congé de Noël.

ⁱ Même dans les cas où les allégations d'abus des droits contractuels n'ont pas été retenues, le principe du délai raisonnable a été réaffirmé. Ainsi, dans l'affaire *Équipements Select*, précitée, la banque a mis plusieurs mois avant de liquider les actifs de la compagnie, laquelle n'était aucunement en position de rembourser le prêt (voir p. 11 de la décision). Dans l'affaire *Charland c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, C.S. Beau-

000190-833, December 10, 1985 (summarized in J.E. 86-142), Flynn J. found no abuse by the bank on the facts of the case, but notes, at p. 27, that the bank delayed its liquidation of the assets, allowed the company to operate during that period, and even examined plans proposed by the company.

Therefore, I fully agree with Malouf J.A.'s conclusion in the present case at the Court of Appeal (at p. 1524):

[TRANSLATION] The courts and scholarly commentators have concluded that a creditor must give his debtor a reasonable time before demanding payment and proceeding to realize on his security. The creditor must give his debtor a reasonable time in which to make payment of the amount owed. He must give him an opportunity to find other financing. The length of time is a question of fact. A court which has to answer this question must take into account all the circumstances surrounding opening of the line of credit, the relationship between the parties, the request for payment and the taking of possession.

As an exercise in comparative law, it is interesting to see that the common law has reached the same conclusions. In *Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 S.C.R. 726, Estey J. noted that the principle of a reasonable delay could be traced as far back as the case of *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, and *Toms v. Wilson* (1862), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524, and he draws the conclusion, at p. 746, that:

... the debtor must be given "some notice on which he might reasonably expect to be able to act". The application of this simple proposition will depend upon all the facts and circumstances in each case.

The factors to be taken into account when assessing the reasonableness of a delay are thoroughly analyzed in *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.). Linden J. states, at p. 208:

... various factors must be analyzed: (1) the amount of the loan; (2) the risk to the creditor of losing his money or the security; (3) the length of the relationship between the debtor and the creditor; (4) the character and reputation of the debtor; (5) the potential ability to raise the money required in a short period; (6) the circum-

harnois, n° 760-05-000190-833, 10 décembre 1985 (résumé à J.E. 86-142), le juge Flynn a conclu à l'absence d'abus de la banque vu les circonstances, mais il souligne, à la p. 27, que la banque avait retardé la liquidation des actifs, permis à la compagnie de demeurer en affaires pendant cette période et même examiné les plans que cette dernière avait proposés.

En conséquence, je souscris entièrement à la conclusion à laquelle est parvenu en l'espèce le juge Malouf de la Cour d'appel (à la p. 1524):

La jurisprudence et la doctrine nous enseignent que le créancier doit donner à son débiteur un délai raisonnable avant d'exiger paiement et procéder à la réalisation de ses garanties. Le créancier doit donner à son débiteur un délai raisonnable pour effectuer le paiement du montant dû. Il doit laisser à son débiteur la chance de se financer ailleurs. La longueur du délai est une question de fait. Le tribunal appelé à répondre à cette question doit tenir compte de toutes les circonstances entourant l'ouverture du crédit, la relation entre les parties, la demande de paiement et la prise de possession.

À simple titre d'exercice de droit comparé, il est intéressant d'observer que la common law en arrive aux mêmes conclusions. Dans l'arrêt *Ronald Elwyn Lister Ltd. c. Dunlop Canada Ltd.*, [1982] 1 R.C.S. 726, le juge Estey, après avoir fait remonter le principe du délai raisonnable jusqu'aux affaires *Massey v. Sladen* (1868), L.R. 4 Ex. 13, et *Toms v. Wilson* (1862), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524, conclut, à la p. 746:

... il faut accorder au débiteur «un avis qui puisse raisonnablement lui permettre de s'exécuter». L'application de cette règle simple est fonction des faits et circonstances de chaque espèce.

Les critères à prendre en considération dans l'appréciation du caractère raisonnable d'un délai sont analysés en détail dans l'affaire *Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1979), 25 O.R. (2d) 198 (H.C.). Le juge Linden y affirme, à la p. 208:

[TRANSLATION] ... différents facteurs doivent être analysés: (1) le montant du prêt; (2) le risque de perte de la créance ou de la garantie; (3) la durée des relations entre le débiteur et le créancier; (4) les habitudes et la réputation du débiteur; (5) la capacité de trouver les fonds requis à brève échéance; (6) les circonstances

stances surrounding the demand for payment; and (7) any other relevant factors.

The Ontario Court of Appeal allowed the appeal (*Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1983), 44 O.R. (2d) 368), but implicitly agreed that the above factors correctly stated the law.

Payette, *op. cit.*, at p. 158, even goes as far as to suggest that the factors should be no different in civil law:

[TRANSLATION] These criteria [from *Mister Broadloom, supra*] do not appear to be connected with any specific legal rule at common law; they are in reality factual circumstances which it is suggested should be considered in determining what is commercially "reasonable". Moreover, several of these circumstances are used by the French courts in deciding on the wrongful nature of a breach of a line of credit, the duration of relations with the debtor, the latter's reputation, risk of loss and conduct of the debtor's affairs.

Even if Quebec courts have yet to develop their own criteria in as systematic a fashion as the common law has done, no set of criteria is exhaustive. At the end of the day, each case must rest on its own facts (see *Vicply Inc. v. Royal Bank of Canada*, [1989] R.R.A. 11 (Sup. Ct.), at p. 22).

Was then the delay reasonable on the facts of this case? The trial judge found as a fact, and a unanimous Court of Appeal agreed, that a reasonable delay between the demand for payment and the possession and liquidation of assets had not been given in the present case. As Deslongchamps J. notes:

[TRANSLATION] Considering in the case at bar the unexpected and sudden nature of the demand for payment, and considering that no time was allowed to respond either to the demand for payment or to [the bank's] investment requirements, while as regards such possible investment Porcherie Houle Ltée, which had stood surety for the "company", had on hand a debt from the latter of some \$178,000, payment of which it retained, THE COURT has to come to the conclusion that defendant acted wrongfully.

entourant la demande de paiement; et (7) tout autre facteur pertinent.

La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté dans cette affaire (*Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal* (1983), 44 O.R. (2d) 368), mais a implicitement reconnu que les critères ci-dessus représentaient un énoncé correct du droit.

Payette, *loc. cit.*, va plus loin en affirmant, à la p. 158, que les critères ne devraient pas être différents en droit civil:

Ces critères [établis dans l'arrêt *Mister Broadloom, précité*] ne paraissent se rattacher à aucune règle juridique particulière au *common law*; ce sont en réalité des circonstances factuelles auxquelles on suggère de s'attarder dans la recherche de ce qui est commercialement «raisonnable». D'ailleurs, plusieurs de ces circonstances sont retenues par les tribunaux français dans la détermination du caractère fautif ou abusif d'une rupture d'ouverture de crédit: importance du crédit, durée des relations avec le débiteur, réputation de celui-ci, risque de perdre, conduite des affaires du débiteur.

Même s'il reste encore aux tribunaux québécois à élaborer leurs propres critères de façon aussi systématique que ne l'a fait la common law, il ne saurait y avoir de liste exhaustive. En fin de compte, tout est fonction des faits de chaque cause (voir *Vicply Inc. c. Royal Bank of Canada*, [1989] R.R.A. 11 (C.S.), à la p. 22).

Compte tenu alors des faits de la présente espèce, le délai était-il raisonnable? Le juge de première instance est arrivé à la conclusion, à laquelle la Cour d'appel a souscrit à l'unanimité, qu'un délai raisonnable n'avait pas été, de fait, accordé en l'espèce entre la demande de paiement et la prise de possession et la liquidation des actifs. Comme le souligne le juge Deslongchamps:

Si on considère, dans la présente cause, le caractère inattendu et subi (*sic*) de la demande de paiement, si on considère l'absence de délai afin de répondre soit à la demande de paiement, soit aux exigences d'investissement de la [banque], alors qu'au niveau de cet investissement possible, les Porcherie Houle Ltée, qui s'était portée caution de la «compagnie» avait en main une créance de cette dernière de l'ordre de \$ 178,000.00 dont elle retenait le paiement, LA COUR se doit de conclure qu'il y a eu faute de la [banque].

And Malouf J.A. adds (at p. 1525):

[TRANSLATION] In this case, appellant had done business with respondents and their company for a period of at least fifty years and the evidence does not show that, before the date on which possession was taken, the bank asked the company for payment of the amount owed. The company and its officers and shareholders had no reason to suspect that the bank intended to call in its loan without prior notice and to seize the company's property.

In the circumstances, the bank was not justified in acting in the way described. The request for payment accompanied by immediate taking of possession was premature.

I find myself in full agreement with the judges below, particularly since a trial judge's findings of fact should not be disturbed unless an error can be clearly demonstrated. No such error has been found here, nor have the conclusions which the trial judge drew from those facts been shown to be erroneous, unreasonable, or not based on the evidence. Quite the contrary, by liquidating the assets only three hours after demanding payment of the loan, the bank effectively prevented any chance of the company's meeting its obligations.

The bank and the company had been doing business for over fifty years. The company had always fulfilled its obligations towards the bank, and had no reason to doubt the bank's faith in them. In addition, no warning was ever given to the company or to the respondents by a bank representative about any concerns that the bank may have had towards the company's financial viability. In fact, not even the manager of the branch where the company negotiated its loan knew of any concerns about the company. Like the company, he was made aware of the situation on February 19, 1974, the very day that the loan was recalled.

Against this background, the company and the respondents were only given one hour to find an

Ce à quoi le juge Malouf de la Cour d'appel ajoute (à la p. 1525):

Dans notre cas, l'appelante avait fait affaire avec les intimés et leur compagnie durant une période d'au moins 50 ans et la preuve ne révèle pas que la banque, avant la journée de la prise de possession, avait demandé à la compagnie le paiement du montant dû. La compagnie et ses officiers et actionnaires n'avaient aucune raison de soupçonner que la banque avait l'intention, sans préavis, de rappeler son prêt et saisir les biens de la compagnie.

En l'espèce, la banque n'était pas justifiée d'agir de la façon ci-haut mentionnée. La demande de paiement accompagnée d'une prise de possession immédiate était prématurée.

Je partage entièrement l'opinion des juges des instances inférieures, compte tenu, en particulier, du principe voulant que les conclusions de fait d'un juge de première instance ne doivent pas être modifiées à moins d'erreur manifeste. L'existence d'une telle erreur n'a pas été établie en l'espèce, et il n'a pas davantage été démontré que les conclusions que le juge de première instance a tirées de ces faits étaient erronées, déraisonnables ou non fondées sur la preuve. Bien au contraire, comme le montre une revue des faits relatifs au délai, la banque a effectivement, en liquidant les actifs seulement trois heures après avoir demandé paiement du prêt, privé la compagnie de toute possibilité d'exécuter ses obligations.

La banque et la compagnie faisaient affaires ensemble depuis plus de cinquante ans. La compagnie s'était toujours acquittée de ses obligations envers la banque et elle n'avait aucune raison de douter de la confiance de cette dernière à son égard. De plus, jamais la compagnie ou les intimés n'avaient été prévenus par un représentant de la banque des doutes que cette dernière pouvait entretenir quant à la viabilité financière de la compagnie. En fait, même le directeur de la succursale où la compagnie avait négocié son prêt n'était pas au courant des inquiétudes que suscitait la compagnie. Tout comme la compagnie, elle a été mise au courant de la situation le 19 février 1974, le jour même du rappel du prêt.

C'est dans ce contexte que la compagnie et les intimés se sont vu accorder seulement une heure

additional \$100 000 investment when notified of the situation by the accountant's representative. By the time that demand was made, at 11:00 a.m., the letter of demand had already been drafted and the possession of assets was about to take place. By noon, the bank took possession of all the company's assets, and by 2:00 p.m., all the assets had been sold.

The bank acted, in my view, in a sudden, impulsive, and harmful manner, particularly considering that there was never any warning that the bank was concerned about its loan. The effect of the bank's decision was the termination of over fifty years of business in three hours. With a low risk of losing money or security, at least in the short term, one is at a loss to understand why the bank did not at least wait until the negotiations had been completed with Weddel Ltd. before exercising its securities. The record is silent on this. Therefore, I find there was a flagrant abuse of the bank's contractual right to realize its securities after the demand for payment of its loan was not met.

I must note that the contract regarding the rights of the bank to realize its securities stipulates, in paragraph 4, that it can do so without notice. Nonetheless, this seemingly absolute right must be tempered by the principle of reasonable delay, and what constitutes the abuse of contractual rights in this case is the absence of such reasonable delay to allow the company to pay after it was put in default.

Given the above analysis, recourse may have been available to the company against the bank for abuse of its contractual rights arising out of the loan agreements between the two parties. However, the company took no action against the bank; only the respondents, as shareholders, did. Not being parties to the contract between the company and the bank, the question now is whether the respondents, as third parties, do have recourse against the bank, and if so, on what basis.

pour trouver un investissement additionnel de 100 000 \$ après que le représentant de la firme comptable les eut avisés de la situation. Au moment où cette demande était faite, soit à 11 h, la mise en demeure avait déjà été rédigée et la prise de possession des actifs était sur le point de débiter. À midi, la banque prenait possession de l'ensemble des biens de la compagnie et à 14 h, tous les actifs avaient été vendus.

À mon avis, la banque a agi d'une façon soudaine, impulsive et dommageable, compte tenu en particulier du fait qu'elle n'a jamais donné d'avertissement quant aux inquiétudes qu'elle pouvait entretenir à propos de son prêt. La décision de la banque a eu pour résultat de réduire à néant en trois heures plus de cinquante ans de relations d'affaires. Vu le faible risque, du moins dans l'immediat, de perte de la créance ou des garanties, on se perd en conjectures sur les motifs, le dossier étant silencieux à cet égard, qui ont pu inciter la banque à ne pas attendre à tout le moins la fin des négociations entamées avec Weddel Ltd. avant d'exercer ses garanties. Il y a donc eu abus flagrant du droit contractuel de la banque de réaliser ses garanties après l'échec de sa demande de paiement.

Je dois ouvrir ici une parenthèse pour souligner que le contrat relatif aux droits de la banque de réaliser ses garanties stipulait, en son paragraphe 4, qu'elle pouvait agir sans avis. Cependant, ce droit apparemment absolu doit être tempéré par le principe du délai raisonnable, et ce qui constitue un abus des droits contractuels en l'espèce, c'est précisément l'absence d'un tel délai raisonnable susceptible de permettre à la compagnie de payer après avoir été mise en demeure.

Étant donné l'analyse qui précède, il aurait pu y avoir ouverture à un recours de la compagnie contre la banque pour abus des droits contractuels que lui conféraient les conventions de prêt intervenues entre les deux parties. Toutefois, la compagnie n'a pas poursuivi la banque. Seuls l'ont fait les intimés, actionnaires de la compagnie. La question est donc maintenant de savoir si les intimés, non parties au contrat entre la compagnie et la banque, ont, à titre de tierces parties, un recours contre la banque et, dans l'affirmative, sur quel fondement.

Liability to Third Parties Where There Has Been an Abuse of a Contractual Right

The parties to the contract are the appellant bank and the company, Hervé Houle Limited. The respondents were shareholders of the company, but were not parties to the contract. While it is true that they signed letters of surety to guarantee the loans, they were never called upon to honour such guarantees when the bank recalled its loan and liquidated the assets of the company. Therefore, it would appear that the respondents cannot anchor their claim on the terms of a contract between themselves and the bank, nor on the contract between the bank and the company. In the courts below, the respondents' claim was allowed on the ground that the lifting of the corporate veil was appropriate in the circumstances of the case. Before us, the respondents rest their claim upon the delictual liability of the bank. I will discuss these grounds in turn.

I. *The "Corporate Veil" Argument*

Both the trial judge and the Court of Appeal accepted the respondents' position that the "corporate veil" should be lifted, in the circumstances of this case, and the respondents' action was allowed on this basis. In the Superior Court, the judge elaborates on his reasons for so doing:

[TRANSLATION] In the case before the Court, whereas Hervé Houle Ltée was and has always been a family business, whereas the Houle Family had been doing business with defendant as such for over fifty years, whereas defendant required not only from the Houle brothers, the plaintiff-shareholders, but from the widow of Hervé Houle, who was a shareholder in the "company", a letter of surety which amounted in October 1973 to \$1,000,000, and whereas, further, defendant also required that Les Porcherries Houle Ltée, another family business whose shares were also held by plaintiffs, sign the said letter of surety, whereas in short all the personal assets of the Houle family, including the assets in the estate of Hervé Houle, were pledged in the business of Hervé Houle Ltée, at the express request of the defendant, THE COURT must conclude that Hervé Houle Ltée was only an intermediary between defendant and

La responsabilité envers les tiers en cas d'abus d'un droit contractuel

Les parties au contrat sont la banque appelante et la compagnie, Hervé Houle Limitée. Les intimés étaient actionnaires de la compagnie, mais n'étaient pas partie au contrat. Certes, il est vrai qu'ils ont signé des lettres de cautionnement pour garantir les prêts, mais ils n'ont jamais été appelés à honorer ces garanties lorsque la banque a rappelé son prêt et liquidé les actifs de la compagnie. Il appert, par conséquent, que les intimés ne peuvent asseoir leur demande sur les termes d'un contrat existant entre eux et la banque, ni sur le contrat intervenu entre la banque et la compagnie. Dans les instances inférieures, on a accueilli la demande des intimés en indiquant que la levée du voile corporatif était appropriée dans les circonstances de cette affaire. Devant nous, les intimés fondent leur demande sur la responsabilité délictuelle de la banque. Je vais examiner chacun de ces moyens.

I. *L'argument du «voile corporatif»*

Tant le juge de première instance que la Cour d'appel ont fait droit à la thèse des intimés selon laquelle on devait soulever le «voile corporatif» vu les circonstances particulières de la cause, et c'est sur cette base que l'action des intimés a été accueillie. En Cour supérieure, le juge s'est expliqué dans les termes suivants:

Dans le cas qui nous occupe, considérant que la Compagnie Hervé Houle Ltée était et a toujours été une entreprise familiale, considérant que la famille Houle faisait affaire comme telle avec la défenderesse et ce, depuis plus de cinquante ans, considérant que la défenderesse a exigé non seulement des frères Houle, les actionnaires-demandeurs, mais de madame veuve Hervé Houle qui n'était pas actionnaire de la «compagnie», une lettre de cautionnement qui, en octobre 1973, s'élevait à \$ 1,000,000.00, considérant, au surplus, que la défenderesse a également exigé de la compagnie Les Porcherries Houle Ltée, autre entreprise familiale dont les actions étaient également détenues par les demandeurs, la signature de ladite lettre de cautionnement, considérant qu'en définitive tous les avoirs personnels de la famille Houle, y compris les avoirs de la succession Hervé Houle, étaient engagés dans l'entreprise Hervé Houle Ltée, à la demande expresse de la défenderesse, LA COUR se doit de conclure que la corporation Hervé Houle Ltée n'était

the people with whom it was really doing business, namely plaintiffs.

After reviewing the same facts, the Court of Appeal arrives at the same conclusion (at p. 1523):

[TRANSLATION] The special nature of this case indicates that the bank was doing business not just with the company but also with respondents. The latter accordingly had a right of action for damages against the bank.

With respect, I cannot agree that the lifting of the corporate veil is a proper basis to ground the respondents' claim in the circumstances of this case.

Almost a century ago, the case of *Salomon v. A. Salomon and Co.*, *supra*, established the concept of an independent legal personality of a corporation, and it is often this very fact that attracts individuals to incorporate. The limitation of liability to the interest one possesses as a shareholder, with the resulting exclusion of certain personal liability for the debts of the corporation is a key feature of the corporate format, which carries other advantages, including fiscal ones. However, by choosing the benefits of this business structure, individuals must be prepared to accept the necessary consequences.

One of these consequences is that it is the corporation which suffers damages when there is a wrong to the corporation. As early as 1901, Lord Davey of the Privy Council expressed this principle, in *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, at p. 93: Again, it is clear law that in order to redress a wrong done to the company or to recover moneys or damages alleged to be due to the company, the action should prima facie be brought by the company itself.

Quebec courts have been extremely reluctant to allow shareholders' actions where the damage is suffered by the corporation. In the leading case of *Silverman v. Heaps*, [1967] C.S. 536, Mayrand J. so states, at p. 539:

que l'intermédiaire entre la défenderesse et les véritables personnes avec qui elle faisait affaires, à savoir les demandeurs.

Après avoir passé en revue les mêmes faits, la Cour d'appel en arrive à une conclusion identique (à la p. 1523):

Le caractère particulier de ce dossier nous démontre que la banque faisait affaires non seulement avec la compagnie mais aussi avec les intimés. Ces derniers pouvaient donc bénéficier d'un recours en dommages contre la banque.

Avec égards cependant, je ne puis partager l'opinion selon laquelle il convient, compte tenu des faits de l'espèce, de faire abstraction de la personnalité morale pour donner ouverture à la demande des intimés.

Il y a près d'un siècle, l'arrêt *Salomon v. A. Salomon and Co.*, précité, établissait le principe de l'indépendance de la personnalité juridique d'une corporation et c'est d'ailleurs ce principe même qui souvent incite les individus à s'incorporer. La limitation de la responsabilité des actionnaires à l'intérêt qu'ils possèdent comme actionnaires, et l'exclusion en résultant d'une certaine responsabilité personnelle pour les dettes de la corporation, constituent en effet le principal attrait de cette formule, sans parler des autres avantages qu'elle présente, notamment sur le plan fiscal. Cependant, ceux qui choisissent de tirer profit des avantages qu'offre l'incorporation doivent être prêts à en accepter les conséquences.

L'une de ces conséquences est que c'est la compagnie qui subit le dommage lorsqu'une faute est commise à son endroit. Lord Davey du Conseil privé a exprimé ce principe dès 1901 dans l'arrêt *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, à la p. 93:

[TRANSLATION] Encore là, il est bien établi en droit que c'est la compagnie elle-même qui doit en principe intenter l'action pour sanctionner le préjudice commis à son endroit ou recouvrer les sommes ou les dommages-intérêts qui lui sont présumément dus.

Les tribunaux québécois se montrent extrêmement réticents à accueillir les actions intentées par les actionnaires lorsque c'est la compagnie qui subit le dommage. Dans l'arrêt de principe sur cette question, *Silverman v. Heaps*, [1967] C.S. 536, le juge Mayrand affirme, à la p. 539:

The shareholder of a company has no action against the person who causes damage to the company. One cannot limit his responsibility by investing in a company and still consider as a personal damage any damage caused to such company; the shareholder's damage is indirect.

This is a clearly established principle and, I conclude, the correct position concerning shareholders' recourses.

The consequences of any other position would not be logical. There would be no value to the corporate structure if whoever does business with a corporation would, at the same time, become liable not only to the company but also to every shareholder for any damage that may be caused to the company. Wilson J. in *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, so says, at p. 11:

Having chosen to receive the benefits of incorporation, he [Mr. Kosmopoulos] should not be allowed to escape its burdens. He should not be permitted to "blow hot and cold" at the same time.

Teresa Scassa, in her comment on the decision of the Court of Appeal, "The Bank as Creditor" (1988), 3:3 *National Creditor/Debtor Rev.* 41, also makes the point that there should be a distinction between a corporation and its shareholders.

There are several Quebec cases directly on point, where shareholders have taken action against a bank, claiming that the bank has abused its contract with the company. In the great majority, if not all, of these cases, the recourse has been denied. (See *Charland, supra*, at p. 27; *Equipements Select, supra*, at pp. 15-16; and *White, supra*, at pp. 7-13; see also Professor Martel's commentary on the Court of Appeal's decision in the present case, *op. cit.*, and the cases to the same effect referred to, particularly his note 23.)

With deference for the opinion of the lower courts, on the facts of this case I cannot find any factor that would justify the lifting of the corporate veil. Notwithstanding the "family" nature of the business, the family members, here the

[TRADUCTION] L'actionnaire d'une compagnie n'a pas de recours contre celui qui cause un dommage à la compagnie. L'on ne peut limiter sa responsabilité en investissant dans une compagnie tout en considérant comme personnel tout dommage causé à cette même compagnie; le dommage subi par l'actionnaire est indirect.

Ce principe est clairement établi et est, j'en conclus, la solution correcte en ce qui concerne les recours des actionnaires.

Toute autre solution entraînerait des conséquences illogiques. La formule de la personnalité morale ne présenterait aucun intérêt si quiconque faisant affaires avec une compagnie devenait en même temps responsable, non seulement envers la compagnie, mais également envers chaque actionnaire, pour tout dommage pouvant être causé à la compagnie. C'est l'opinion qu'exprime le juge Wilson dans l'arrêt *Kosmopoulos c. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 R.C.S. 2, à la p. 11:

Ayant opté pour les avantages de la constitution en société, il ne devrait pas lui être permis de se soustraire à ses désavantages. Il ne devrait pas lui être loisible de «jouer sur les deux tableaux» en même temps.

Teresa Scassa, dans son commentaire sur l'arrêt de la Cour d'appel, «The Bank as Creditor» (1988), 3:3 *National Creditor/Debtor Rev.* 41, estime de même qu'il doit exister une distinction entre une corporation et ses actionnaires.

Dans plusieurs décisions québécoises portant directement sur ce point, des actionnaires avaient pris action contre une banque à qui ils reprochaient d'avoir abusé de son contrat avec la compagnie. Dans la très grande majorité, sinon dans tous les cas, le recours a été dénié. (Voir *Charland, précité*, à la p. 27; *Equipements Select, précité*, aux pp. 15 et 16; et *White, précité*, aux pp. 7 à 13; voir aussi le commentaire du professeur Martel, *loc. cit.*, sur l'arrêt de la Cour d'appel dans la présente instance et les décisions citées au même effet, particulièrement à la note 23).

Avec égards pour l'opinion contraire, je ne puis trouver dans les faits de l'espèce aucun élément pouvant justifier qu'on lève le voile corporatif. Malgré le caractère «familial» de l'entreprise, les membres de la famille, en l'occurrence les intimés,

respondents, chose the corporate structure rather than do business in their own name. The sureties provided by the respondents are common in financial relations involving small corporations, as the bank often requires more security than the corporation itself can provide. In addition, the fifty-eight years of collaboration between the respondents and the bank, as well as the personal guarantees given by the respondents as security for the loan, do not alter the fact that the loan agreement was signed only by the company, not by the respondents, and that the latter were not requested to honour such guarantees. Therefore, I find nothing in this case to distinguish it from the other cases cited above and the general principles which have served our law over the past century. Consequently, this is not a case where the corporate veil should be lifted and the respondents' action cannot, in my view, succeed on this ground.

Given my earlier conclusion that an abuse of contractual rights gives rise to contractual liability, and my view that it is not appropriate in this case to lift the corporate veil, the respondents, as shareholders of the company, can have no right of action based on the contract itself. If they are to have any claim, it must therefore be based on delictual liability.

II. *Delictual Liability*

Before discussing whether the respondents have any right of action based on delictual liability, a few general comments are appropriate.

It is important to note that the respondents are not claiming damages as "ricochet" victims since no delictual liability arises out of the contract between the appellant bank and the company, but only a contractual one. It would offend both logic and law to sustain that, as victims, the respondents suffered here by the "ricochet" of a delictual fault.

The respondents rather submit that, on the facts of this case, the appellant bank, incurred a legal obligation towards the respondents when exercis-

ont choisi la formule corporative plutôt que de faire affaires sous leur nom personnel. Les garanties qu'ont fournies les intimés sont monnaie courante dans les transactions commerciales auxquelles sont parties de petites corporations, la banque exigeant souvent plus de garanties que la corporation elle-même ne peut en fournir. Au surplus, les cinquante-huit ans de collaboration entre les intimés et la banque, tout comme les cautionnements personnels qu'ont donnés les intimés en garantie du prêt, ne changent rien au fait que la convention de prêt n'a été signée que par la compagnie, non par les intimés, et que ces derniers n'ont pas été requis d'honorer ces garanties. J'estime donc que rien ne permet de distinguer la présente instance des autres affaires citées précédemment et des principes généraux qui fondent notre droit depuis plus d'un siècle. En conséquence, il n'y a pas lieu de lever le voile corporatif en l'espèce et, à mon avis, l'action des intimés ne saurait être accueillie pour ce motif.

Étant venue précédemment à la conclusion que l'abus d'un droit contractuel engage une responsabilité de nature contractuelle, et ayant exprimé l'avis qu'il n'y avait pas lieu en l'espèce de lever le voile corporatif, j'estime que les intimés, à titre d'actionnaires de la compagnie, ne disposent d'aucun droit d'action fondé sur le contrat lui-même. S'ils ont un recours, ce dernier devra donc trouver assise sur le terrain délictuel.

II. *La responsabilité délictuelle*

Avant d'examiner si les intimés disposent d'un recours en responsabilité délictuelle, il y a lieu de faire quelques remarques générales.

Il importe de souligner que les intimés ne réclament pas de dommages-intérêts à titre de victimes «par ricochet» puisqu'aucune responsabilité délictuelle ne résulte du contrat intervenu entre la banque appelante et la compagnie, mais seulement une responsabilité contractuelle. Il serait, en effet, contraire à la fois à la logique et au droit de soutenir que les intimés ont, en l'espèce, été victimes par ricochet d'une faute délictuelle.

Les intimés font plutôt valoir qu'étant donné les faits de l'espèce, la banque appelante encourait, outre ses obligations contractuelles envers la com-

ing its contractual rights. It is claimed that this obligation is separate from the contractual obligations owed. As I have previously discussed, it is undisputed that a contracting party may also incur delictual liability towards a third party who is outside the contractual sphere. By breaching this legal obligation, the respondents urge, the appellant bank became directly liable to them, under art. 1053 C.C.L.C.

The respondents also allege that the mere breach of a contractual obligation by the bank against the company can constitute a "fault" under art. 1053 C.C.L.C. For that proposition, the respondents take support in Baudouin's assertions, *Les obligations*, op. cit., at No. 395, p. 257:

[TRANSLATION] From time to time, even a third party may rely on the non-performance of a contract concluded between two other people and claim damages suffered by him as a result of that non-performance.

However, Baudouin's analysis must be taken a bit further than face value. He does not assert that the mere inexecution of a contractual obligation necessarily grounds delictual liability but that it can be one of the juridical facts which establish a delictual fault. There must still be a legal obligation, apart from the contract, between the contracting party and the third party claiming delictual liability, as is particularly noted by Pigeon J. in *Dominion Electric*, supra, at p. 173. This is also made clear by the following passage from Mazeaud and Tunc, op. cit., at No. 144-3, p. 179:

[TRANSLATION] Third parties may rely on the existence and non-performance of a contract to which they were not parties, so long as they do not seek thereby to extend to their advantage an obligation which was undertaken only towards the other contracting parties. Relying on the fact that a person has concluded a contract, and even that he has not performed, is simply to rely on a fact which exists as such with regard to everyone. Claiming to be a creditor of an obligation undertaken between the parties is to invade the circle of the contract, to rely on the contract as a legal act, a creator of obligations, which is impossible. [Emphasis added.]

pagne, une obligation légale envers eux dans l'exercice de ses droits contractuels. Comme je l'ai dit auparavant, une partie contractante peut incontestablement encourir aussi une responsabilité délictuelle envers un tiers, à l'extérieur donc de la sphère contractuelle. En violant cette obligation légale, soutiennent les intimés, la banque appelante a engagé directement sa responsabilité envers eux en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C.

Les intimés allèguent également que la simple violation par la banque d'une obligation contractuelle envers la compagnie peut constituer une «faute» au sens de l'art. 1053 C.c.B.-C. Ils invoquent à l'appui de cet argument le passage suivant de Baudouin dans *Les obligations*, op. cit., au n° 395, p. 257:

Parfois, même un tiers peut invoquer l'inexécution d'un contrat intervenu entre deux autres personnes pour réclamer le dommage subi par lui en raison de cette inexécution.

Toutefois, on ne doit pas se contenter d'une lecture superficielle de l'analyse que fait Baudouin. Ce qu'il dit, ce n'est pas que la simple inexécution d'une obligation contractuelle engendre nécessairement la responsabilité délictuelle mais plutôt qu'il s'agit d'un des faits juridiques susceptibles d'établir l'existence d'une faute délictuelle. Il doit toujours y avoir une obligation légale, indépendante du contrat, entre la partie contractante et le tiers invoquant la responsabilité délictuelle, comme le souligne précisément le juge Pigeon dans l'arrêt *Dominion Electric*, précité, à la p. 173. Cette règle est également clairement exprimée dans le passage suivant de Mazeaud et Tunc, op. cit., au n° 144-3, p. 179:

Il est loisible aux tiers de se prévaloir de l'existence et de l'inexécution d'un contrat auquel ils sont restés étrangers, mais à la condition de ne pas vouloir, par là même, étendre à leur profit une obligation qui n'a été prise qu'envers les cocontractants. Se prévaloir de ce qu'une personne a passé un contrat et même de ce qu'elle n'a pas exécuté, c'est se prévaloir d'un pur fait, qui existe en tant que fait, donc à l'égard de tous. Se prétendre créancier d'une obligation prise entre les parties, c'est forcer le cercle du contrat, c'est invoquer le contrat en tant qu'acte juridique, créateur d'obligations, ce qui est impossible. [Je souligne.]

Therefore, in cases where this argument has been accepted (see Baudouin, *Les obligations*, op. cit., at note 24, p. 257) while there may have been a contractual relationship, a legal obligation must have been found to exist between one of the contracting parties and the injured third party that could ground liability under art. 1053 *C.C.L.C.*

The respondents' argument that a contractual fault, by itself, will ground delictual liability must fail. Basically, it is an attempt by a third party to claim the benefit of an obligation that was only undertaken towards the party to the contract, here to act reasonably upon demand for payment. If the respondents are to succeed, they will have to show, on the facts of this case, that the appellant bank had a distinct legal obligation to act reasonably towards them independently of its contractual obligation towards the company.

Finally, I would note that, in all but the most exceptional circumstances, the recall of a loan or the delay given for payment after the recall of the loan, even when abusive, would not result in delictual liability towards shareholders of a company. Only contractual liability towards the company would arise. Although an abusive demand for payment may have harsh effects on shareholders, in order to anchor liability towards them under art. 1053 *C.C.L.C.*, there must exist a legal obligation that transcends the contractual ones.

In this case, as in any other case of delictual or quasi-delictual liability based on art. 1053 *C.C.L.C.*, liability can only be established if the claimant proves fault, damage, and causality:

1053. Every person capable of discerning right from wrong is responsible for the damage caused by his fault to another, whether by positive act, imprudence, neglect or want of skill.

A) Fault

Fault is a very well-known concept in Quebec civil law, which Baudouin, in *La responsabilité*

Par conséquent, dans les cas où l'on a accepté cet argument (voir Baudouin, *Les obligations*, op. cit., à la note 24, p. 257), il pouvait certes exister un rapport contractuel entre les parties, mais on a dû conclure à l'existence, entre l'un des cocontractants et le tiers lésé, d'une obligation légale susceptible d'engager la responsabilité en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.*

L'argument des intimés selon lequel la faute contractuelle engendre en soi une responsabilité de nature délictuelle doit être rejeté. Fondamentalement, il s'agit d'une tentative de la part d'une tierce partie de se prévaloir d'une obligation qui n'a été prise qu'envers le cocontractant, savoir en l'espèce l'obligation d'agir raisonnablement en cas de demande de paiement. Si les intimés doivent avoir gain de cause, ils devront établir, à partir des faits de l'espèce, que la banque appelante avait l'obligation légale distincte d'agir raisonnablement envers eux, indépendamment de son obligation contractuelle envers la compagnie.

Enfin, soulignons que, sauf circonstances exceptionnelles, le rappel d'un prêt ou le délai accordé pour le paiement par la suite, même s'il est abusif, n'engendrera pas de responsabilité délictuelle envers les actionnaires de la compagnie, mais seulement une responsabilité contractuelle envers cette compagnie. Bien qu'une demande abusive de paiement puisse entraîner de lourdes conséquences pour les actionnaires, il faudra, pour que soit engagée envers eux la responsabilité prévue à l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, une obligation légale transcendant les obligations d'ordre contractuel.

En l'espèce, comme dans toute affaire de délit ou de quasi-délict fondée sur l'art. 1053 *C.c.B.-C.*, la responsabilité ne peut être établie que si le demandeur prouve la faute, le dommage et le lien de causalité:

1053. Toute personne capable de discerner le bien du mal, est responsable du dommage causé par sa faute à autrui, soit par son fait, soit par imprudence, négligence ou inhabileté.

A) La faute

La faute est une notion très bien connue en droit civil québécois, que Baudouin explique dans les

civile délictuelle, op. cit., explains at No. 120, p. 71, as follows:

[TRANSLATION] It [fault] can generally be described as *the breach of a legal duty not to cause unlawful harm to another, by conduct contrary to what would have been done by an ordinarily prudent and diligent man placed in the same circumstances as those in which the perpetrator of the damage was placed at the time he committed the act alleged against him or failed to do what he was supposed to have done.* [Emphasis in original.]

Article 1053 C.C.L.C. imposes an obligation of diligence, described by Professor Crépeau in *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), at No. 11, p. 7, as follows:

[TRANSLATION] ... where the debtor is required to demonstrate caution and skill in arriving at the result desired by the parties.

In order to decide whether such an obligation of diligence does exist here between the bank and the shareholders, it is essential to examine the facts of this case as they relate to this issue. Although some of these facts have been discussed in the context of the abuse of contractual rights, they are no less pertinent to the issue of the fault of the appellant bank.

The respondents' family and the family business had a financial relationship with the bank encompassing more than fifty years. Not only were the respondents asked to be guarantors for the loans to the company, but the respondents' mother was also asked to act as surety. Furthermore, the other family business owned by the respondents, Les Porcheries Houle Ltée, also signed the letter of surety. In addition, the trial judge noted that when the accountant's representative attempted to obtain an additional \$100 000 investment one hour before the possession of the assets:

[TRANSLATION] ... his first duty was thus to obtain an additional investment from the "company's" shareholders ... [Emphasis added.]

While this may indicate that the bank's relationship was not only with the "company" itself, but with the shareholders personally, these facts alone

termes suivants dans *La responsabilité civile délictuelle*, op. cit., au n° 120, p. 71:

On peut la décrire [la faute] généralement comme *la violation du devoir légal de ne pas causer un préjudice illégitime à autrui, par une conduite contraire à celle qu'aurait eue une personne normalement prudente et diligente placée dans des circonstances identiques à celles où s'est trouvé l'auteur du dommage au moment où il a posé l'acte qu'on lui reproche ou omis de poser celui dont on lui tient rigueur.* [En italique dans l'original.]

L'article 1053 C.c.B.-C. impose une obligation de diligence, que le professeur Crépeau décrit comme suit dans *L'intensité de l'obligation juridique ou Des obligations de diligence, de résultat et de garantie* (1989), au n° 11, p. 7:

... celle où le débiteur est tenu de faire preuve de prudence et d'habileté pour parvenir au résultat souhaité par les parties.

Pour déterminer si une telle obligation de diligence existe en l'espèce entre la banque et les actionnaires, il est essentiel d'examiner les faits se rapportant à cette question. Bien que certains d'entre eux aient déjà fait l'objet d'un examen dans le cadre de l'abus des droits contractuels, ils n'en sont pas moins pertinents en ce qui concerne la question de la faute de la banque appelante.

La famille des intimés et l'entreprise familiale entretenaient avec la banque des liens financiers s'étendant sur plus de cinquante ans. Non seulement avait-on demandé aux intimés de garantir les prêts consentis à la compagnie, mais leur mère avait également été appelée à se porter caution. Qui plus est, l'autre entreprise familiale que possédaient les intimés, Les Porcheries Houle Ltée, avait aussi signé la lettre de cautionnement. En outre, comme l'a souligné le juge de première instance, lorsque le représentant du cabinet d'experts comptables a tenté, une heure avant la prise de possession des actifs, d'obtenir un investissement additionnel de 100 000 \$:

... sa mission première était alors d'obtenir, de la part des actionnaires de la «compagnie» un investissement additionnel ... [Je souligne.]

Si ces faits indiquent que la banque n'entretenait pas uniquement des rapports avec la «compagnie» elle-même, mais aussi avec les actionnaires

would not be sufficient to create a legal obligation on the part of the bank towards the respondent shareholders, independent from its contractual obligations to the company. When banks enter into financial relationships with small, family-owned companies, the above facts are usually present. Generally speaking, contractual obligations do not entail a general legal obligation to act reasonably towards third parties, but only contractual obligations towards the parties to the contract. However, in this case, there is more. As the trial judge notes:

[TRANSLATION] These negotiations with Weddel Ltd. [and respondent shareholders] were known to defendant [appellant bank] in late December 1973

Malouf J.A. agrees (at p. 1519):

[TRANSLATION] The bank knew of these negotiations.

In these circumstances, a general legal obligation arises that a person not prejudice, by his or her actions, the parties to a sale, when such sale, to his or her knowledge, is imminent. Should the sale fail to materialize or the price decrease due to a course of conduct which constitutes a fault, then liability may be engaged under art. 1053 C.C.L.C.

Here, given the bank's knowledge of the imminent sale, it had a duty to act in a prudent and diligent manner, as any individual, in order to avoid prejudice to the shareholders. There is nothing in the record to indicate that the bank could not have granted a reasonable delay before taking possession of the assets and liquidating them. Although the obligation to repay the loan and the right to recall the loan formed part of the contract between the bank and the company, no obligation of diligence towards the shareholders arose from the contract itself. Such obligation arose from the law (art. 1053 C.C.L.C.) in the light of the facts of this case.

personnellement, ces faits ne sauraient toutefois, à eux seuls, suffire à créer de la part de la banque une obligation légale envers les actionnaires intimés, indépendamment de ses obligations contractuelles envers la compagnie. On retrouve d'ailleurs fréquemment ce genre de situation dans les relations financières qu'ont les banques avec de petites corporations à caractère familial. De façon générale, les obligations contractuelles ne donnent pas naissance à une obligation légale générale d'agir raisonnablement envers les tiers, mais seulement à des obligations contractuelles envers les cocontractants. En l'espèce toutefois, il y a plus. Comme le fait remarquer le juge de première instance:

Ces négociations avec la compagnie Weddel Ltd. [et les actionnaires intimés] étaient connues de la défenderesse [la banque appelante] dès la fin décembre 1973

d Le juge Malouf de la Cour d'appel abonde en ce sens (à la p. 1519):

Ces négociations étaient connues de la banque.

e Dans les circonstances, il existe pour toute personne une obligation légale générale de ne pas, par son fait, causer préjudice aux parties à une vente dont elle sait qu'elle est imminente. La vente dût-elle ne pas se concrétiser ou le prix diminuer en raison d'une conduite équivalant à faute, qu'il pourrait alors y avoir responsabilité en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C.

g En l'espèce, au courant de l'imminence de la vente, la banque avait, comme toute personne, le devoir d'agir de façon prudente et diligente pour éviter de causer préjudice aux actionnaires, à moins qu'elle n'y ait été impérativement contrainte, ce qui n'est pas le cas vu l'absence au dossier de tout élément indiquant que la banque aurait été dans l'impossibilité d'accorder un délai raisonnable avant de prendre possession des actifs et de les liquider. Bien que l'obligation de rembourser le prêt ainsi que le droit de rappeler ce prêt aient fait partie du contrat intervenu entre la banque et la compagnie, ce contrat ne créait en lui-même aucune obligation de diligence au profit des actionnaires. Cette obligation est née de la loi (art. 1053 C.c.B.-C.) au regard des faits de l'espèce.

Given that the respondents were in the process of negotiating the sale of their family-owned company, given the close contacts of the bank with the respondents, and given the knowledge that negotiations were taking place, the bank had the obligation to provide a reasonable delay before demanding payment or taking possession and liquidating the assets. It would be obvious to anyone in these circumstances that the consequences of acting precipitously would bring a drastic reduction in the value of the shares of the company, and that a more reasonable delay might have given the respondents the opportunity to sell their shares at the fair market value. If an extra-contractual creditor of the company had seized the assets and sold them, all within the span of three hours, in the same circumstances as those present in this case, he could have incurred liability as well under art. 1053 C.C.L.C. Consequently, the appellant bank's impulsive and detrimental repossession and sale of the company's assets after such a short and unreasonable delay, while fully aware of the respondents' imminent sale of their shares, was a fault entailing its liability for the ensuing direct and immediate damage caused to the shareholders.

B) Damage

In order for the prejudice to be compensated, it must be direct and certain (art. 1075 C.C.L.C.). The above facts were dealt with by the trial judge and the Court of Appeal. Both concluded that the respondents suffered a loss of \$250 000, representing the difference between the value of the shares before and after the acts of the appellant bank. This value is no longer contested and constitutes actual damage. Thus, the damage is certain.

It may be questioned whether the damage is direct. The argument would be that the company suffered the damage, and only indirectly would the shareholders be prejudiced, on account of the value of their shares being affected.

Étant donné que les intimés étaient à négocier la vente de leur entreprise familiale et qu'ils étaient en contact étroit avec la banque qui savait que des négociations étaient en cours, cette dernière avait l'obligation d'accorder un délai raisonnable avant d'exiger paiement ou de procéder à la prise de possession et à la liquidation des actifs. Pour quiconque placé dans cette situation, il aurait été évident que toute action précipitée aurait entraîné une réduction dramatique de la valeur des actions de la compagnie, alors qu'un délai plus raisonnable aurait peut-être permis aux intimés de vendre leurs actions à leur juste valeur marchande. Si un créancier extra-contractuel de la compagnie avait procédé à la saisie et à la vente des biens, le tout en l'espace de trois heures et dans les mêmes circonstances qu'en l'espèce, il aurait pu lui aussi encourir une responsabilité sous l'art. 1053 C.c.B.-C. Par conséquent, en agissant sans justification de façon impulsive et dommageable pour prendre possession et vendre les actifs de la compagnie après un délai aussi court et déraisonnable, tout en étant pleinement au courant de la vente imminente des actions des intimés, la banque appelante a commis une faute qui engage sa responsabilité pour le dommage direct et immédiat ainsi causé aux actionnaires.

f B) Le dommage

Pour qu'il puisse y avoir indemnisation du préjudice, celui-ci doit être direct et certain (art. 1075 C.c.B.-C.). Les faits précités ont été abordés par le juge de première instance et par la Cour d'appel. Tous les deux ont conclu que les intimés avaient subi une perte de 250 000 \$, représentant la différence entre la valeur des actions avant et après les mesures prises par la banque appelante. Cette valeur n'est plus contestée et représente le préjudice réellement subi. Le dommage est donc certain.

i On peut toutefois se demander si le dommage est direct. On pourrait ainsi prétendre que c'est la compagnie qui a subi le dommage et que ce n'est qu'indirectement que les actionnaires ont subi un préjudice en raison des répercussions sur la valeur de leurs actions.

In most circumstances, this argument would prevail. Even if fault can be found, the damage is done to the company, and it is for the company to claim compensation for the damage. However, in this case, there was more than just damage to the company, since, to the knowledge of the bank, the respondents were in the process of negotiating the sale of their shares. The respondents had a direct, personal, financial interest at stake and the bank knew this. Furthermore, the respondents sold their shares, very soon after the liquidation of the company's assets, to the same company with whom they were previously negotiating. In these circumstances, it was the potential sale value of their shares that was damaged, a value that the respondents were at the point of enjoying personally. The acts of the bank resulted in the respondents' losing something that was inches away from their grasp. As Vennat comments, *op. cit.*, at p. 396:

[TRANSLATION] The special feature of *Houle* is the fact that, as the Court of Appeal mentions, the bank knew of the negotiations for the sale of the shares, but above all the fact that the sale actually took place only a few days after the seizure, to the same persons with whom the shareholders were negotiating. It was easy to determine the amount of the damages and to see that the real victims of the loss were the shareholders. Accordingly, this sale was as it were a line of demarcation between the company and the shareholders. Without an accumulation of all these facts and without the sale, it would have been surprising if the action had been allowed. [Emphasis added.]

A similar view is entertained by Martel, *op. cit.*, at pp. 221 and 222. On the facts of this case, the harm flowing from the imminent sale of the respondents' shares in the company resulted in direct damage to the shareholders, besides or beyond and independently of any damage the company itself may have incurred as a result of its contractual relationship with the bank.

C) Causation

Causation is the third component of delictual liability (art. 1053 *C.C.L.C.*). As Baudouin explains, in *La responsabilité civile délictuelle*, *op. cit.*, at No. 334, p. 185:

Dans la plupart des cas, cet argument serait retenu. En effet, même si l'on conclut à l'existence d'une faute, c'est à la compagnie que le dommage est causé et c'est à elle d'en réclamer réparation. ^a En l'espèce, cependant, il y a eu davantage qu'un simple dommage causé à la compagnie étant donné que les intimés étaient, à la connaissance de la banque, en train de négocier la vente de leurs actions et qu'ils avaient donc un intérêt financier ^b direct et personnel en jeu et la banque savait cela. De plus, les intimés ont, très peu de temps après la liquidation des actifs de la compagnie, vendu leurs actions à la compagnie même avec laquelle ils ^c avaient auparavant négocié. Dans les circonstances, c'est à la valeur potentielle de leurs actions à la revente qu'on a porté atteinte, valeur dont les intimés étaient sur le point de jouir personnellement. En raison des agissements de la banque, les ^d intimés ont donc perdu quelque chose qui était à portée de la main. Comme le fait remarquer Vennat, *loc. cit.*, à la p. 396:

Le caractère particulier de l'arrêt *Houle* tient du fait, comme le mentionne la Cour d'appel, que la banque ^e connaissait les négociations pour la vente des actions, mais surtout de ce que la vente ait effectivement eu lieu, et ce, quelques jours seulement après la saisie, aux mêmes personnes avec qui les actionnaires négociaient. Il fut facile de déterminer le montant des dommages et ^f de constater que les véritables victimes du préjudice furent les actionnaires. Ainsi, cette vente a en quelque sorte tracé une ligne de démarcation entre la compagnie et les actionnaires. Sans l'accumulation de tous ces faits, et sans la vente, il aurait été surprenant que le recours ^g eut été accueilli. [Je souligne.]

Martel, *loc. cit.*, partage le même point de vue, aux pp. 221 et 222. Vu les faits de l'espèce, le tort résultant de la vente imminente des actions que les ^h intimés détenaient dans la compagnie a résulté en un dommage direct aux actionnaires, en plus ou au-delà et indépendamment de tout dommage qu'a pu subir la compagnie elle-même en raison des liens contractuels qui l'unissaient à la banque.

C) Le lien de causalité

Le lien de causalité est la troisième composante de la responsabilité délictuelle (art. 1053 *C.C.B.-C.*). Comme Baudouin l'explique dans *La responsabilité civile délictuelle*, *op. cit.*, au n° 334, p. 185:

[TRANSLATION] When fault has been committed and the victim complains of loss, he must also show a direct connection existing between the two. He must prove that the damage is the consequence of the wrongful act.

Having determined the fault of the appellant bank and the direct and certain damage suffered by the respondents, I have no difficulty in concluding that there was a direct relationship between the fault and the damage and that the actions of the bank directly caused the respondents' loss. It was inevitable under the circumstances that precipitous action, in liquidating the assets of the company, would cause damage to the respondents. The liquidation of assets of a company can do nothing but decrease the bargaining power of any individual who is in the process of negotiating the sale of shares in that company, and this was exactly the result in this case. Consequently, a causal link exists between the fault of the appellant bank and the damage to the respondent shareholders.

The facts of this case give rise to a legal obligation on the appellant to act reasonably towards the respondents in order to avoid prejudice. Banks are no different than any other member of society who must abide by the rules of good faith implicit in a contractual relationship and avoid any actions which might be in breach of a legal obligation of diligence regardless of any contractual relationship, as is the case here. Having determined that all of the elements of delictual liability are present in this case, independently from any contractual liability which may have existed between the parties to the contract, I conclude that the appellant has breached its legal obligation towards the respondents under art. 1053 *C.C.L.C.* and must be found liable for the damages suffered by them, in the amount determined by the trial judge and confirmed on appeal. Accordingly, the appellant bank's appeal cannot succeed.

There remains to discuss a subsidiary point raised by the respondents.

Lorsqu'une faute a été commise et que la victime se plaint d'un préjudice, elle doit en plus démontrer la relation directe existant entre les deux. Elle doit prouver que le dommage est la conséquence de l'acte fautif.

^a Ayant déterminé l'existence d'une faute de la part de la banque appelante, ainsi que le caractère direct et certain du dommage subi par les intimés, je n'ai aucune hésitation à conclure qu'il y avait une relation directe entre la faute et le dommage et que ce sont les agissements de la banque qui ont directement causé la perte subie par les intimés. Dans les circonstances, il était inévitable que la précipitation avec laquelle s'est effectuée la liquidation des actifs de la compagnie cause un dommage aux intimés. La liquidation des actifs d'une compagnie ne peut, en effet, manquer d'affaiblir le pouvoir de négociation de quiconque est en train de négocier la vente d'actions de cette compagnie, et c'est précisément ce qui s'est produit en l'espèce. En conséquence, il existe un lien de causalité entre la faute de la banque appelante et le dommage causé aux actionnaires intimés.

^e Les faits de l'espèce donnent naissance à une obligation légale de la part de l'appelante d'agir raisonnablement envers les intimés pour éviter de leur causer préjudice. Les banques ne sont pas différentes des autres membres de la société qui doivent se conformer à la règle de la bonne foi implicite dans une relation contractuelle et s'abstenir de toute action qui pourrait violer une obligation légale de diligence indépendante de toute relation contractuelle, comme c'est le cas dans la présente affaire. Ayant établi que tous les éléments de la responsabilité délictuelle sont présents en l'espèce, indépendamment de toute responsabilité contractuelle susceptible d'exister entre les contractants, j'en viens à la conclusion que l'appelante a manqué, envers les intimés, à l'obligation légale qui lui incombait en vertu de l'art. 1053 *C.c.B.-C.* et qu'elle doit donc être tenue responsable du dommage que les intimés ont ainsi subi, pour la somme fixée par le juge de première instance et confirmée en appel. En conséquence, le pourvoi de la banque appelante doit être rejeté.

^j Il reste à examiner un point subsidiaire soulevé par les intimés.

Article 1056c C.C.L.C.

The respondents made a motion requesting that this Court expressly grant them the additional indemnity provided for by the second paragraph of art. 1056c C.C.L.C., which reads:

1056c. The amount awarded by judgment for damages resulting from an offence or a quasi-offence shall bear interest at the legal rate as from the date when the action at law was instituted.

There may be added to the amount so awarded an indemnity computed by applying to the amount, from such date, a percentage equal to the excess of the interest rate fixed according to section 28 of the Act respecting the Ministère du Revenu (R.S.Q., chapter M-31) over the legal interest rate.

The respondents did not specifically claim this additional indemnity in either the Superior Court or the Court of Appeal. This Court granted leave to appeal on May 2, 1988, [1988] 2 S.C.R. v, but only in late 1989 did the respondents file a motion, without opposition, beyond the deadline mandated by Rule 29(1) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, a fact they do not deny.

As indicated by Rule 29(1) itself, the omission to give the required notice is not fatal to the respondents' request for the additional indemnity, since s. 48(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, allows for amendments whenever necessary for the purposes of the appeal. Moreover, s. 48(2) of the *Supreme Court Act* indicates that such motion may be granted even if there was error or neglect on the part of the applicant. Section 48 of the *Supreme Court Act*, read in conjunction with Rule 29, in my view, entitles this Court to grant respondents' motion, particularly since the issue was fully canvassed both in the briefs and in oral argument and no prejudice has been demonstrated. The question is then: are the respondents entitled to the additional indemnity provided for in art. 1056c C.C.L.C. under the circumstances of this case? In my view, they are so entitled.

L'article 1056c C.c.B.-C.

Les intimés ont, par requête, demandé à notre Cour de leur accorder expressément l'indemnité additionnelle prévue au second alinéa de l'art. 1056c C.c.B.-C., lequel dispose:

1056c. Le montant accordé par jugement pour dommages résultant d'un délit ou d'un quasi-délit porte intérêt au taux légal depuis la date de l'institution de la demande en justice.

Il peut être ajouté au montant ainsi accordé une indemnité calculée en appliquant à ce montant, à compter de ladite date, un pourcentage égal à l'excédent du taux d'intérêt fixé suivant l'article 28 de la Loi sur le ministère du Revenu (L.R.Q., chapitre M-31) sur le taux légal d'intérêt.

Les intimés n'ont pas spécifiquement formulé cette demande d'indemnité additionnelle en Cour supérieure ou en Cour d'appel. Notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi le 2 mai 1988, [1988] 2 R.C.S. v, mais ce n'est qu'à la fin de 1989 que les intimés ont présenté une requête, sans opposition, après l'expiration du délai fixé par le par. 29(1) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, fait qu'ils ne contestent pas.

Comme l'indique lui-même le par. 29(1) des Règles, le défaut de donner l'avis requis n'est pas fatal à la requête des intimés en vue d'obtenir l'indemnité additionnelle, étant donné que le par. 48(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, permet qu'il soit procédé aux amendements nécessaires aux fins du pourvoi. En outre, le par. 48(2) de la *Loi sur la Cour suprême* indique qu'une telle requête peut être accordée même s'il y a eu erreur ou négligence du requérant. Il ressort, à mon avis, de la combinaison de l'art. 48 de la *Loi sur la Cour suprême* et de l'art. 29 des Règles que notre Cour a le pouvoir d'accueillir la requête des intimés, d'autant plus que la question a été pleinement débattue dans les mémoires et les plaidoieries orales et qu'aucun préjudice n'a été démontré. La question qui se pose est donc la suivante: les intimés ont-ils droit à l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c C.c.B.-C. vu les faits de l'espèce? À mon avis, ils y ont droit.

The nature of the indemnity covered by the second paragraph of art. 1056c *C.C.L.C.* was discussed by our Court in the leading case of *Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau*, [1982] 2 S.C.R. 866. Affirming the decision of the Quebec Court of Appeal, Chouinard J., speaking for the majority of the Court, stated at p. 875:

As interest under the first paragraph of art. 1056c is in reality damages due to delay, what is the nature of the indemnity which may be awarded under the second paragraph? With respect, in my opinion it is the same.

It has been consistently held by the Quebec Court of Appeal that while the granting of such indemnity is discretionary, the indemnity should be allowed unless there are specific reasons why it should not. (See *Trottier v. British American Oil Ltd.*, [1977] C.A. 576, at p. 580; *Godin v. Trempe*, C.A. Montréal, No. 500-09-000894-790, August 14, 1985 (summarized in J.E. 85-822), at p. 9.) As Montgomery J.A. rightly puts it in *Godin*, at p. 9:

Article 1056c was, however, enacted to provide some measure of relief for a plaintiff who suffered from the discrepancy . . . between the legal interest rate of 5% and that which a borrower would have to pay in commercial circles. I agree that a trial judge has the right to withhold it, but he should, in my opinion, have some valid legal reason for doing so.

The trial judge and the Court of Appeal having not directly exercised their discretion on this issue, it is open to this Court to do so since the issue was fully debated before it.

This being a case of delictual liability, art. 1056c *C.C.L.C.* applies and I can find no reason here for denying the request for the additional indemnity. Counsel for the appellant conceded that no prejudice was incurred by the failure to claim the additional indemnity at the outset. Furthermore, despite the time it took for the final resolution of this case, the delay cannot be attributed to either party but rather stems from circumstances outside their control. No valid reason having been advanced for denying the additional indemnity, the discretion should be exer-

La nature de l'indemnité visée par le second alinéa de l'art. 1056c *C.c.B.-C.* a été examinée par notre Cour dans l'arrêt de principe sur cette question, *Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau*, [1982] 2 R.C.S. 866. Confirmant la décision de la Cour d'appel du Québec, le juge Chouinard affirme au nom de la majorité, à la p. 875:

Les intérêts du premier alinéa de l'art. 1056c étant en réalité un dommage dû au retard, qu'en est-il de l'indemnité que le deuxième alinéa permet d'accorder? Avec égard, elle est à mon avis de la même nature.

La Cour d'appel du Québec a, de façon constante, statué que, malgré son caractère discrétionnaire, cette indemnité devait être accordée à moins de motifs spécifiques de la refuser. (Voir *Trottier c. British American Oil Ltd.*, [1977] C.A. 576, à la p. 580; *Godin c. Trempe*, C.A. Montréal, n° 500-09-000894-790, 14 août 1985 (résumé à J.E. 85-822), à la p. 9.) Comme le juge Montgomery le soulignait à juste titre dans l'affaire *Godin*, précitée, à la p. 9:

[TRADUCTION] L'article 1056c, cependant, a été adopté aux fins d'assurer un certain redressement au demandeur qui a subi un préjudice en raison de l'écart [. . .] entre le taux d'intérêt légal de 5 % et celui qu'un emprunteur devrait payer sur le marché commercial. Je conviens que le juge du procès a le droit de ne pas l'accorder mais, à mon avis, il devrait alors avoir une motif juridique valide.

Le juge de première instance et la Cour d'appel n'ayant pas directement exercé leur pouvoir discrétionnaire à cet égard, il est loisible à notre Cour de le faire étant donné que la question a été pleinement débattue devant nous.

La présente affaire en étant une de responsabilité délictuelle, l'art. 1056c *C.c.B.-C.* s'applique et je ne vois aucune raison en l'espèce de refuser la demande d'indemnité additionnelle. Les procureurs de l'appellante ont reconnu que le défaut de réclamer dès le départ l'indemnité additionnelle n'avait causé aucun préjudice. De plus, malgré le temps écoulé avant la résolution définitive du litige, le retard ne saurait être attribué à l'une ou l'autre partie mais découle plutôt de circonstances hors de leur contrôle. Aucun motif valable n'ayant été avancé pour justifier le refus de l'indemnité

cised in favour of the respondents. Consequently, I would grant the motion and award to the respondents the additional indemnity under art. 1056c *C.C.L.C.*

Conclusion

For these reasons, I would affirm the judgment of the Court of Appeal and dismiss the appeal with costs throughout. However, I would modify the judgment of the Quebec Superior Court so that it read:

Orders defendant to pay plaintiffs the sum of \$250,000, with interest from the date of service and costs, AND THE ADDITIONAL INDEMNITY PROVIDED FOR UNDER ART. 1056c of the *Civil Code of Lower Canada*.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Martineau Walker, Montréal.

Solicitors for the respondents: Bélanger, Sauvé, Montréal.

additionnelle, le pouvoir discrétionnaire doit s'exercer en faveur des intimés. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir la requête et d'accorder aux intimés l'indemnité additionnelle prévue à l'art. 1056c *C.c.B.-C.*

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel et de rejeter le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Cependant, je modifierais le jugement de la Cour supérieure du Québec de la façon suivante:

Condamne la défenderesse à payer aux demandeurs la somme de 250 000 \$, le tout avec intérêts depuis l'assignation et les dépens, ET L'INDEMNITÉ ADDITIONNELLE PRÉVUE L'ARTICLE 1056c du *Code civil du Bas-Canada*.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Martineau Walker, Montréal.

Procureurs des intimés: Bélanger, Sauvé, Montréal.

Thomas John Fletcher and Cheryl Elizabeth Fletcher *Appellants*

v.

Manitoba Public Insurance Company
Respondent

INDEXED AS: FLETCHER v. MANITOBA PUBLIC INSURANCE CO.

File No.: 21491.

1990: June 1; 1990: November 22.

Present: Lamer C.J.* and Wilson, Sopinka, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Insurance — Automobile insurance — Duty of insurer — Compulsory public automobile insurance plan — Appellants not having underinsured motorist coverage — Whether government-owned insurer obliged to inform its customers about all types of coverage available to them.

Torts — Negligence — Duty of care — Compulsory public automobile insurance plan — Appellants not having underinsured motorist coverage — Whether government insurer obliged to inform its customers about all types of coverage available to them — If so, whether insurer liable for failing to fulfil its duty.

Appeal — Powers of appellate court — Whether Court of Appeal erred in departing from trial judge's findings of fact.

Costs — Whether trial judge erred in awarding appellants costs on a solicitor and client basis.

Both appellants suffered severe injuries as a result of an automobile accident caused by the driver of the other vehicle. That driver did not carry sufficient insurance to cover the appellants' losses. The appellants claimed for the shortfall against the respondent, a government-owned insurance company, whose primary function was to administer a mandatory public automobile insurance scheme within the Province of Manitoba. Under the "Autopac" scheme the owner of a motor vehicle must purchase insurance which provides minimum collision and public liability coverage. In addition, "underinsured

* Chief Justice at the time of judgment.

Thomas John Fletcher et Cheryl Elizabeth Fletcher *Appellants*

c.

a Société d'assurance publique du Manitoba
Intimée

RÉPERTORIÉ: FLETCHER c. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE PUBLIQUE DU MANITOBA

b N° du greffe: 21491.

1990: 1^{er} juin; 1990: 22 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges Wilson, Sopinka, Cory et McLachlin.

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

Assurance — Assurance-automobile — Obligation de l'assureur — Régime public et obligatoire d'assurance-automobile — Les appelants n'avaient pas souscrit la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — L'assureur public avait-il l'obligation d'informer ses clients de tous les types de protection qu'ils pouvaient souscrire?

Délits civils — Négligence — Obligation de diligence — Régime public et obligatoire d'assurance-automobile — Les appelants n'avaient pas souscrit la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés — L'assureur public avait-il l'obligation d'informer ses clients de tous les types de protection qu'ils pouvaient souscrire? — Dans l'affirmative, l'assureur est-il responsable de ne pas avoir rempli son obligation?

Appel — Pouvoirs d'une cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en s'écartant des conclusions de fait du juge de première instance?

Dépens — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accordant aux appelants leurs dépens comme entre procureur et client?

h Les deux appelants ont subi de graves blessures lors d'un accident de la circulation causé par le conducteur de l'autre véhicule. Ce conducteur n'avait pas contracté une assurance suffisante pour indemniser les appelants de leurs pertes. Les appelants ont réclamé la somme manquante auprès de l'intimée, une compagnie d'assurances publique, qui a principalement pour fonction d'administrer un régime public et obligatoire d'assurance-automobile dans la province du Manitoba. En vertu du régime «Autopac», le propriétaire d'un véhicule à moteur doit acheter une assurance qui comporte une

* Juge en chef à la date du jugement.

motorist coverage" (UMC) is available upon the payment of a slightly higher premium. At the time of the accident the appellants were insured by the respondent under an Autopac policy which did not provide UMC.

The trial judge found that the respondent failed in its duty to inform the appellant of the full range of coverage available to him and in particular UMC and awarded damages to the appellant to the extent of the shortfall. The Court of Appeal (Blair J.A. dissenting) reversed that decision.

The issues in this appeal are (1) whether the court of appeal erred in departing from the trial judge's findings of fact; (2) whether a government-owned insurer selling compulsory insurance directly to vehicle owners has a duty to advise its customers of the existence, nature and extent of underinsured motorist coverage; (3) if so, whether the respondent fulfilled it in this case; (4) if the insurer did not fulfil its duty, whether it is liable for the appellants' loss; and (5) whether the trial judge erred in awarding the appellants their costs on a solicitor and client basis.

Held: The appeal should be allowed.

It was not open to the Court of Appeal to depart from the trial judge's findings of fact absent evidence of palpable and overriding error. The trial judge is in the best position to assess the credibility of testimony and his assessment of the witnesses' credibility should not be interfered with.

Reasonable reliance by a person on information provided by someone else can ground a duty of care in tort that binds the provider of the information. The sale of automobile insurance is a business in the course of which information is routinely provided to prospective customers with the expectation that they rely on it. As Autopac insurance is compulsory for all owners of motor vehicles, customers are likely to rely on the government insurer as their source of information about the kinds of additional coverage available and the nature of the protection afforded. The respondent knew or ought to have known that purchasers of insurance constitute a class of persons that may reasonably be expected to rely on the information communicated to them by its employees. It therefore owed its customers a duty of

protection minimale au titre des collisions et de la responsabilité envers les tiers. De plus, une «protection contre les automobilistes insuffisamment assurés» (P.A.I.A.) est offerte moyennant un léger supplément de prime. Au moment de l'accident, les appelants étaient assurés par l'intimée en vertu d'une police Autopac qui n'incluait pas de P.A.I.A.

Le juge de première instance a conclu que l'intimée avait manqué à son obligation d'informer l'appelant de toute la gamme des couvertures disponibles et notamment de la P.A.I.A., et a accordé à l'appelant des dommages-intérêts équivalant à la somme manquante au titre de l'indemnité. La Cour d'appel (le juge Blair étant dissident) a infirmé cette décision.

Les questions en litige dans ce pourvoi sont: (1) La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en s'écartant des conclusions de fait du juge de première instance? (2) Un assureur public qui fait souscrire directement une assurance obligatoire aux propriétaires de véhicule à moteur a-t-il l'obligation d'informer ses clients de l'existence, de la nature et de la portée de la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés? (3) Dans l'affirmative, l'intimée a-t-elle rempli son obligation en l'espèce? (4) Si l'assureur n'a pas rempli son obligation, est-il responsable de la perte subie par les appelants? Et (5) le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant aux appelants leurs dépens comme entre procureur et client?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel ne pouvait pas s'écarter des conclusions de fait du juge de première instance, en l'absence de preuve de l'existence d'une erreur manifeste et dominante. Le juge de première instance est le mieux placé pour évaluer la crédibilité des témoignages et son appréciation de la crédibilité des témoins ne devrait pas être modifiée.

La confiance raisonnable d'une personne dans les renseignements fournis par quelqu'un d'autre peut fonder une obligation de diligence en matière de responsabilité civile délictuelle chez celui qui les fournit. Celui qui fait souscrire de l'assurance-automobile fournit couramment, dans le cours de ses affaires, des renseignements à des clients éventuels dans l'espoir qu'ils y prêtent foi. Comme l'assurance Autopac est obligatoire pour tous les propriétaires de véhicule à moteur, les clients vont vraisemblablement se fier à l'assureur public pour ce qui est de les renseigner sur les formes disponibles de protection supplémentaire et sur la nature de la couverture qu'elles comportent. L'intimée savait ou aurait dû savoir que les souscripteurs de l'assurance formaient une catégorie de personnes dont on pouvait

care to inform them of all available coverages, their purpose and their cost. While the duty is not as onerous as that imposed on private agents and brokers, the public insurer has the responsibility of seeing that its customers receive the information required to make intelligent decisions as to how much risk they are prepared to bear. The respondent's communication was insufficiently clear to discharge its duty of care. The initial information was inadequate and the information given with the renewal form was confusing. The purchaser was never in a position to make an informed choice about this optional coverage.

Whether a duty of care could also arise in contract was adverted to but not decided.

The trial judge's award of costs on a solicitor and client basis should stand. Prior to trial, the appellants filed an offer to settle which was not accepted by the respondent. One of the terms of that offer was that the appellants "shall have the right to structure all or part" of the sum. The respondent did not met its burden of showing that that offer was less favourable than the judgment award.

Cases Cited

Applied: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; **distinguished:** *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 529; **referred to:** *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101; *The Sir Robert Peel* (1880), 4 Asp. M.L.C. 321; *Clarke v. Edinburgh Tramways Co.*, [1919] S.C. 35; *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37; *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Edgington v. Fitzmaurice* (1885), 29 Ch. D. 459; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Mutual Life & Citizens' Assurance Co. v. Evatt*, [1971] 1 All E.R. 150; *Cherry Ltd. v. Allied Insurance Brokers Ltd.*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 274; *General Accident Fire and Life Assurance Corp. v. Peter William Tanter (The*

raisonnablement prévoir qu'elles ajouteraient foi aux renseignements que ses employés leur fourniraient. Elle avait donc envers ses clients une obligation de diligence pour ce qui était de les informer de toutes les protections offertes, de leur but et des primes correspondantes. Bien que l'obligation ne soit pas aussi rigoureuse que celle imposée aux agents et aux courtiers privés, il incombe à l'assureur public de veiller à que ses clients reçoivent l'information dont ils ont besoin pour être en mesure de décider judicieusement quels risques ils sont prêts à supporter. Le message de l'intimée n'était pas assez clair pour la décharger de son obligation de diligence. L'information initiale était insuffisante et l'information donnée dans le formulaire de renouvellement était déroutante. Le souscripteur n'a jamais été en mesure de faire un choix éclairé quant à cette protection facultative.

La question de savoir s'il pouvait y avoir également une obligation de diligence contractuelle a été abordée mais n'a pas été tranchée.

La condamnation aux dépens comme entre procureur et client, prononcée par le juge de première instance, doit être maintenue. Avant le procès, les appelants ont déposé une offre de règlement que l'intimée a rejetée. Une des conditions de l'offre était que les appelants «aur[ai]ent le droit de faire échelonner, en totalité ou en partie,» le paiement de la somme due. L'intimée ne s'est pas acquittée de son obligation de montrer que l'offre était moins avantageuse que le montant accordé par jugement.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; **distinction d'avec l'arrêt:** *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 529; **arrêts mentionnés:** *Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101; *The Sir Robert Peel* (1880), 4 Asp. M.L.C. 321; *Clarke v. Edinburgh Tramways Co.*, [1919] S.C. 35; *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37; *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Edgington v. Fitzmaurice* (1885), 29 Ch. D. 459; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Mutual Life & Citizens' Assurance Co. v. Evatt*, [1971] 1 All E.R. 150; *Cherry Ltd. v. Allied Insurance Brokers Ltd.*, [1978] 1 Lloyd's Rep. 274; *General Accident Fire and Life Assurance Corp. v. Peter William Tanter (The*

"Zephyr"), [1985] 2 Lloyd's Rep. 529; *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952; *Pare v. Occidental Life Insurance Co. of California* (1986), 23 C.C.L.I. 288; *Bell v. Tinmouth* (1988), 34 C.C.L.I. 179; *Norlympia Seafoods Ltd. v. Dale & Co.*, [1983] I.L.R. 6475; *Woodside v. Gibraltar General Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 150; *G.K.N. Keller Canada Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co.* (1983), 1 C.C.L.I. 34, conf. on appeal (1984), 4 C.C.L.I. xxxvii; *Sjodin v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1987] I.L.R. 8319; *Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445; *Jacuzzi Canada Ltd. v. A. Mantella & Sons Ltd.* (1988), 31 C.P.C. (2d) 195.

Statutes and Regulations Cited

Insurance Act, R.S.M. 1987, c. 140.
Manitoba Public Insurance Corporation Act, R.S.M. 1987, c. P215, s. 48.
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, Rule 49.10(1).

Authors Cited

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1982.
 Continuing Legal Education Society of British Columbia. *Insurance Law—1985*. Materials prepared for a Continuing Legal Education Seminar held in Vancouver, B.C. on April 13, 1985. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.
 MacGillivray, Evan James. *MacGillivray & Parkington on Insurance Law Relating to All Risks Other than Marine*, 8th ed. By Michael Parkington, et al. London: Sweet and Maxwell, 1988.
 Snow, H. "Liability of Insurance Agents for Failure to Obtain Effective Coverage: *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.*" (1979), 9 *Man. L.J.* 165.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1989), 68 O.R. (2d) 193, 32 O.A.C. 81, 36 C.C.L.I. 157, [1989] I.L.R. 9391, reversing the judgment of McKeown J. (1987), 60 O.R. (2d) 629, 26 C.C.L.I. 236, [1987] C.I.L.R. 8608, awarding damages to the appellants against the respondent. Appeal allowed.

Earl A. Cherniak, Q.C., and *Peter W. Kryworuk*, for the appellants.

"Zephyr"), [1985] 2 Lloyd's Rep. 529; *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952; *Pare v. Occidental Life Insurance Co. of California* (1986), 23 C.C.L.I. 288; *Bell v. Tinmouth* (1988), 34 C.C.L.I. 179; *Norlympia Seafoods Ltd. v. Dale & Co.*, [1983] I.L.R. 6475; *Woodside v. Gibraltar General Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 150; *G.K.N. Keller Canada Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co.* (1983), 1 C.C.L.I. 34, conf. en appel (1984), 4 C.C.L.I. xxxvii; *Sjodin v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1987] I.L.R. 8319; *Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445; *Jacuzzi Canada Ltd. v. A. Mantella & Sons Ltd.* (1988), 31 C.P.C. (2d) 195.

Lois et règlements cités

Loi sur la Société d'assurance publique du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. P215, art. 48.
Loi sur les assurances, L.R.M. 1987, ch. 140.
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, règle 49.10(1).

Doctrine citée

Brown, Craig and Julio Menezes. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Carswells, 1982.
 Continuing Legal Education Society of British Columbia. *Insurance Law—1985*. Materials prepared for a Continuing Legal Education Seminar held in Vancouver, B.C. on April 13, 1985. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.
 MacGillivray, Evan James. *MacGillivray & Parkington on Insurance Law Relating to All Risks Other than Marine*, 8th ed. By Michael Parkington, et al. London: Sweet and Maxwell, 1988.
 Snow, H. «Liability of Insurance Agents for Failure to Obtain Effective Coverage: *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.*» (1979), 9 *Man. L.J.* 165.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1989), 68 O.R. (2d) 193, 32 O.A.C. 81, 36 C.C.L.I. 157, [1989] I.L.R. 9391, qui a infirmé la décision du juge McKeown (1987), 60 O.R. (2d) 629, 26 C.C.L.I. 236, [1987] C.I.L.R. 8608, qui avait condamné l'intimée à verser des dommages-intérêts aux appelants. Pourvoi accueilli.

Earl A. Cherniak, c.r., et *Peter W. Kryworuk*, pour les appelants.

Donald H. Rogers, Q.C., and David Stratas, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal raises questions concerning the responsibility of a government insurer to inform its customers about the types of automobile coverage open to them and the extent of such an insurer's liability should it fail to do so. The issue is particularly topical in Canada at the present time since several provinces have instituted compulsory public automobile insurance plans which have largely replaced the previous system of private insurance.

The appellants in this case were involved in a serious motor vehicle accident. The person responsible for the accident had inadequate insurance to cover the damages. When the appellants attempted to recover the shortfall from their own insurer, they were informed that they did not have "underinsured motorist coverage" (UMC), a special form of coverage which would have protected them against this type of loss. It was in this context that the question arose as to whether and to what extent the respondent insurer was duty-bound to inform the appellants about all the types of coverage which were available to them. The facts are important.

The Facts

Both appellants suffered severe injuries as a result of an automobile accident in the Province of Ontario and the appellant Cheryl Fletcher was rendered a paraplegic. The driver of the other vehicle, a Mr. Jean Piché, was found totally responsible for the collision and the appellants' damages were assessed at \$1,387,090. The insurance available to indemnify Piché, however, was \$500,000, leaving a shortfall of \$887,090.

At the time of the accident the appellants were insured by the respondent, a government-owned insurance company. The Manitoba Public Insurance Company (MPIC) is a Crown corporation that was created by the *Manitoba Public Insurance Corporation Act*, R.S.M. 1987, c. P215 (the

Donald H. Rogers, c.r., et David Stratas, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu
a par

LE JUGE WILSON—Ce pourvoi soulève des questions touchant l'obligation d'un assureur public de renseigner ses clients sur les types d'assurance-automobile qu'ils peuvent souscrire et sur sa responsabilité en cas de manquement à cette obligation. C'est une question d'actualité au Canada, puisque plusieurs provinces ont établi des régimes publics et obligatoires d'assurance-automobile pour remplacer l'ancien système d'assurances privées.

Les appellants en l'espèce ont eu un grave accident d'automobile. L'automobiliste fautif n'avait pas contracté une assurance suffisante pour les indemniser. Lorsqu'ils ont tenté de se faire rembourser la somme manquante auprès de leur propre assureur, on les a informés qu'ils n'avaient pas souscrit de «protection contre les automobilistes insuffisamment assurés» (P.A.I.A.), une garantie spéciale qui les aurait protégés contre ce type de perte. C'est dans ce contexte que s'est posée la question de savoir si, et dans quelle mesure le cas échéant, l'assureur intimé était tenu d'informer les appellants de tous les types de couverture qu'ils pouvaient souscrire. Les faits sont importants.

Les faits

Les deux appellants ont subi de graves blessures lors d'un accident d'automobile survenu en Ontario; l'appelante, Cheryl Fletcher, est devenue paraplégique. Le conducteur de l'autre véhicule, un nommé Jean Piché, a été jugé seul responsable de la collision et des dommages-intérêts de 1 387 090 \$ ont été accordés. La somme pouvant être versée en vertu de la police d'assurance de Piché était cependant limitée à 500 000 \$; il manquait donc une somme de 887 090 \$.

Lors de l'accident, les appellants étaient assurés par l'intimée, une compagnie d'assurances publique. La Société d'assurance publique du Manitoba (la Société) est une société d'État qui a été créée par la *Loi sur la Société d'assurance publique du Manitoba*, L.R.M. 1987, ch. P215 (la «Loi»). Elle

“Act”). Its primary function is to administer a mandatory public automobile insurance scheme within the province, which is widely known as “Autopac”. MPIC sells insurance coverage of two basic types. The first type, which is not relevant to this appeal, provides coverage for all drivers automatically upon paying the fee for a Manitoba driver’s licence. Relevant to this appeal is the second type of coverage which, pursuant to s. 48 of the Act, must be purchased by the owner of a vehicle when he or she registers that vehicle. This compulsory motor vehicle insurance provides minimum collision and public liability coverage. MPIC also offers two additional forms of coverage that are available upon payment of a slightly higher premium: UMC and P.L./P.D. (public liability and property damage), each of which is available up to a limit of \$2,000,000. The public insurance scheme for automobiles in Manitoba is therefore quite straightforward: a prescribed minimum compulsory level of coverage for all automobile owners and two optional forms of coverage that are available for a higher premium.

Both the compulsory and additional forms of coverage may be purchased either from MPIC offices directly or through private insurance agents. There is no difference in price in either case. The UMC coverage that MPIC offered first became available on March 1, 1982 at a cost of \$15 per year. Although private insurance companies were allowed to sell the additional forms of coverage, only one company in Manitoba was doing so when the appellants purchased their policy in 1982 and 1983.

At the time of their accident the appellants were insured under an Autopac policy which provided third party limits of \$2,000,000. The policy did not provide UMC.

The appellants sued the respondent for damages in the Supreme Court of Ontario alleging breach of contract, misrepresentation, negligence and breach of duty. At trial, John Fletcher submitted that he had relied upon the expertise of MPIC’s employees who served him when he obtained the

a principalement pour fonction d’administrer un régime public et obligatoire d’assurance-automobile dans la province, connu généralement sous le nom d’«Autopac». La Société fait souscrire deux types fondamentaux d’assurance. Le premier, qui ne nous intéresse pas en l’espèce, est une assurance automatique pour tous les conducteurs qui obtiennent un permis de conduire au Manitoba. Le second type, qui est pertinent au présent pourvoi, est celui que doit souscrire, conformément à l’art. 48 de la Loi, le propriétaire de tout véhicule au moment de l’immatriculer. Cette assurance-automobile obligatoire comporte une protection minimale au titre des collisions et de la responsabilité envers les tiers. La Société offre en outre deux formes de protection supplémentaires, moyennant un léger supplément de prime: P.A.I.A. et R.E.T.-D.M. (responsabilité envers les tiers et dommages matériels), chacune limitée à 2 000 000 \$. Le régime public d’assurance-automobile manitobain est donc très simple: une protection minimale obligatoire prescrite pour tous les propriétaires d’automobile et deux formes de protection facultatives offertes contre un supplément de prime.

La protection obligatoire et les formes de protection supplémentaires peuvent être souscrites aux bureaux de la Société ou par l’intermédiaire d’agents d’assurances privés. Le prix est le même. La protection dite P.A.I.A. est offerte par la Société depuis le 1^{er} mars 1982. La prime a alors été fixée à 15 \$ par année. Bien que les assureurs privés aient été autorisés à faire souscrire les formes de protection supplémentaires, une seule compagnie manitobaine le faisait au moment où les appelants ont souscrit leur police en 1982 et 1983.

Au moment de l’accident, les appelants étaient assurés conformément à une police Autopac dont la limite de responsabilité envers les tiers était de 2 000 000 \$. La police n’incluait pas de P.A.I.A.

Les appelants ont engagé contre l’intimée des poursuites en dommages-intérêts devant la Cour suprême de l’Ontario. Ils ont allégué qu’il y avait eu rupture de contrat, fausse déclaration, négligence et manquement à une obligation. Au procès, John Fletcher a affirmé s’être fié à la compétence

compulsory insurance policy. He said that he had asked for the maximum available coverage and had assumed that he got it. But in the application for insurance and on the insurance certificate there was no mention of UMC. Counsel for MPIC placed a great deal of emphasis on a one page flyer consisting of two columns of small print which specified that UMC was available and which was sent to the appellants along with a renewal certificate for the policy several months after Mr. Fletcher had purchased the insurance. Mr. Fletcher testified that although the flyer included a brief reference to UMC, he believed that because the words "NOT APPLIC." had been typed in the box designated on the renewal certificate for UMC, this meant that the coverage offered was not applicable to him since he already had the maximum available coverage.

The trial judge found for the appellants in negligence and in contract and awarded them damages against the respondent in the amount of the shortfall. The respondent appealed and the Court of Appeal allowed the appeal and dismissed the appellants' action.

The Courts Below

Supreme Court of Ontario (McKeown J.) (1987), 60 O.R. (2d) 629

The trial judge found that when Mr. Fletcher first purchased his automobile insurance he was entitled to rely upon the respondent to explain to him the various forms of coverage that were available. He was not required to become his own insurance expert. Had the respondent not been prepared to do this it should have told its customers that they should consult a private insurance agent in order to obtain advice on insurance coverage.

The trial judge went on to find that the respondent did not inform Mr. Fletcher that UMC was available. He also found that had UMC been

des employés de la Société qui se sont occupés de lui quand il a souscrit la police d'assurance obligatoire. Il a dit avoir demandé le maximum de protection et avoir présumé que c'était ce qu'il avait obtenu. Mais ni la proposition d'assurance et ni le certificat d'assurance ne mentionnaient la P.A.I.A. L'avocat de la Société a accordé beaucoup d'importance à un prospectus d'une seule page dont le texte en petits caractères, disposé sur deux colonnes, mentionnait la possibilité de souscrire la P.A.I.A. Ce prospectus accompagnait le certificat de renouvellement de la police qui avait été envoyé aux appelants plusieurs mois après que M. Fletcher eut contracté l'assurance. Celui-ci a témoigné que, même si le prospectus mentionnait brièvement la P.A.I.A., il avait cru que les mots [TRADUCTION] «SANS OBJET», dactylographiés dans la case prévue pour la P.A.I.A. sur le certificat de renouvellement, signifiaient que cette protection ne s'appliquait pas à lui puisqu'il avait déjà souscrit la protection maximale.

Le juge de première instance a donné raison aux appelants, statuant qu'il y avait eu négligence et rupture de contrat. Il a condamné l'intimée à leur verser des dommages-intérêts équivalant à la somme manquante au titre de leur indemnité. L'intimée a porté le jugement en appel et la Cour d'appel a accueilli l'appel et rejeté l'action des appelants.

Les tribunaux d'instance inférieure

Cour suprême de l'Ontario (le juge McKeown) (1987), 60 O.R. (2d) 629

Le juge de première instance a conclu que, lorsque M. Fletcher a contracté pour la première fois son assurance-automobile, il était en droit de se fier à ce que l'intimée lui expliquerait les diverses formes de protection disponibles. Il n'était pas tenu d'avoir lui-même des connaissances spécialisées en matière d'assurances. Si l'intimée n'était pas prête à fournir ces renseignements, elle aurait dû informer ses clients qu'ils devaient consulter un agent d'assurances privé sur les protections à souscrire.

Le juge de première instance a conclu en outre que l'intimée n'avait pas informé M. Fletcher de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. Il a décidé aussi

offered to Mr. Fletcher he would have purchased it. By failing to ensure both that the appellants were aware of the availability of UMC and that MPIC's employees were properly trained and instructed in order to be able to advise the appellants of UMC's availability and purpose, MPIC breached its duty to the appellants. When Mr. Fletcher dealt with the respondent he had a contractual right to rely on the offeror to advise him of the full range of coverage offered. But the duty was not only contractual; it sounded in negligence as well. McKeown J. therefore held that the respondent breached its duty to provide Mr. Fletcher with UMC when he requested maximum coverage, coverage which the respondent ought to have known included UMC. If it was not going to provide UMC, it had a duty to make clear to Mr. Fletcher that such coverage was available but was not being provided.

In McKeown J.'s view, Mr. Fletcher was a credible witness. McKeown J. accepted his testimony to the effect that he believed that "NOT APPLIC." on the renewal form meant UMC was not applicable to him since he already had the maximum available coverage. The trial judge found this interpretation to be reasonable.

Ontario Court of Appeal (1989), 68 O.R. (2d) 193

Finlayson J.A.

Finlayson J.A. was of the view, that much of Mr. Fletcher's evidence was self-serving and subjective. He felt that it did not support a finding that Mr. Fletcher had not been offered UMC but merely a finding that Mr. Fletcher had not read the written material designed to draw such coverage to his attention and that he had no recollection of having been told about the availability of UMC by the respondent's employees. Finlayson J.A. did not believe Mr. Fletcher's statement that he had

que, si la P.A.I.A. avait été offerte à M. Fletcher, il l'aurait souscrite. La Société a manqué à son obligation envers les appelants à deux points de vue: elle ne s'est pas assurée, d'une part, que les appelants étaient au courant de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. et, d'autre part, que ses employés avaient reçu la formation et les directives leur permettant de renseigner les appelants sur la possibilité de souscrire la P.A.I.A. et sur son utilité. Lorsque M. Fletcher s'est adressé à l'intimée, il avait le droit, reconnu en matière contractuelle, de se fier à ce que l'offrant l'informerait de toute la gamme des couvertures disponibles. Mais cette obligation n'était pas seulement contractuelle; elle engageait également la responsabilité pour négligence. Le juge McKeown a donc conclu que l'intimée avait manqué à son obligation de faire souscrire la P.A.I.A. à M. Fletcher quand il a demandé la protection maximale, protection dont l'intimée aurait dû savoir qu'elle devait comporter la P.A.I.A. Si elle ne devait pas fournir la P.A.I.A., elle avait l'obligation d'informer clairement M. Fletcher que cette protection était disponible mais qu'elle n'était pas souscrite.

De l'avis du juge McKeown, M. Fletcher était un témoin crédible. Le juge McKeown a accepté son témoignage selon lequel il avait cru que les mots [TRADUCTION] «SANS OBJET» figurant sur le formulaire de renouvellement signifiaient que la P.A.I.A. ne s'appliquait pas à lui puisqu'il avait déjà souscrit la protection maximale. Le juge de première instance a estimé que cette interprétation était raisonnable.

Cour d'appel de l'Ontario (1989), 68 O.R. (2d) 193

Le juge Finlayson

Le juge Finlayson a considéré que le témoignage de M. Fletcher était en grande partie intéressé et subjectif. Il a estimé que ce témoignage permettait non pas de conclure que M. Fletcher ne s'était pas vu offrir la P.A.I.A., mais seulement qu'il n'avait pas lu les documents destinés à attirer son attention sur cette protection et qu'il ne se rappelait pas avoir été informé de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. par les employés de l'intimée. Le juge Finlayson n'a pas ajouté foi à l'affirmation de M.

relied upon the expertise of the respondent's employees to advise him of the coverage.

Finlayson J.A. was also of the view, at p. 198, that it would be "stretching the duty of an insurer to impose on it an affirmative obligation to ensure that each of its customers is in fact aware of the different types of insurance coverage available." The flyer received by the appellants made it clear that UMC was available and it was not the respondent's fault that the appellants failed to read it. He stated, at p. 198, that in circumstances where insurance is being sold directly to the public "it is difficult to envisage the formation of a relationship requiring the provision of unsolicited advice every time a customer comes to the counter". There was, in his view, no duty imposed upon the respondent to do any more than what was in fact done to inform the appellant of the availability of UMC.

Blair J.A. (dissenting)

Blair J.A. found no reason to interfere with the trial judge's conclusion that Mr. Fletcher's interpretation of the renewal application form was a reasonable one. He found the "NOT APPLIC." language in the UMC space on the form ambiguous and misleading. The confusion created by the renewal application form was, in his view, "compounded rather than clarified by the flyer enclosed with it".

Blair J.A. was also of the view that the evidence at trial supported McKeown J.'s conclusion both that UMC had not been mentioned to Mr. Fletcher when he attended the respondent's office to renew his coverage and that he would have purchased it had he been made aware of its availability. Moreover, little had been done by the respondent to inform the public about the existence of this type of protection. Whether customers were to be informed about the availability of UMC was left to the discretion of MPIC's employees.

Fletcher selon laquelle il s'était fié à la compétence des employés de l'intimée pour l'informer de la possibilité de souscrire cette protection.

^a Le juge Finlayson était aussi d'avis, à la p. 198, que ce serait [TRADUCTION] «exagérer l'obligation de l'assureur que de l'obliger à veiller à ce que chacun de ses clients soit au courant des divers types de protection qu'il peut souscrire». Le prospectus que les appelants ont reçu indiquait clairement la possibilité de souscrire la P.A.I.A. et ce n'était pas la faute de l'intimée si les appelants ne l'avaient pas lu. Il a déclaré, à la p. 198, que lorsque l'on fait souscrire de l'assurance au public directement, [TRADUCTION] «il est difficile d'imaginer que, chaque fois qu'un client se présente au comptoir, il s'établit entre les parties une relation qui oblige à donner au client des conseils qu'il ne demande pas». De l'avis du juge, l'intimée n'avait pas l'obligation de faire plus que ce qu'elle a fait pour informer l'appelant de la possibilité de souscrire la P.A.I.A.

^e Le juge Blair (dissident)

Le juge Blair a décidé qu'il n'y avait aucune raison d'écarter la conclusion du juge de première instance que l'interprétation donnée par M. Fletcher au formulaire de renouvellement était raisonnable. Il a jugé que les mots [TRADUCTION] «SANS OBJET» inscrits dans la case réservée à la P.A.I.A. étaient ambigus et trompeurs. La confusion qui résultait de la demande de renouvellement était, selon lui, [TRADUCTION] «accrue plutôt que dissipée par le prospectus accompagnant le formulaire».

^h Le juge Blair était également d'avis que la preuve produite au procès appuyait la conclusion du juge McKeown portant à la fois que l'existence de la P.A.I.A. n'avait pas été mentionnée à M. Fletcher quand il s'est présenté au bureau de l'intimée pour renouveler son assurance et qu'il l'aurait souscrite s'il avait su qu'elle était disponible. Au surplus, l'intimée avait fait peu d'efforts pour informer le public de l'existence de ce type de protection. Les employés de la Société avaient toute latitude pour informer ou non les clients de la possibilité de souscrire la P.A.I.A.

Since McKeown J. had had “the inestimable benefit” of having seen and heard the testimony of all the witnesses, and since there were no manifestly unreasonable or overriding errors in the conclusions he had drawn from the evidence, Blair J.A. concluded that it was not open to the appeal court to interfere with the trial judge’s findings.

Blair J.A. had no doubt that had Mr. Fletcher obtained the insurance policy through an independent agent, that agent would have been liable to him in tort. He stressed that the fact that all motor vehicle owners in Manitoba were required to obtain their prescribed minimum insurance from MPIC imposed upon it a strict duty “to inform the public adequately of its available additional coverage”. He said, at p. 211:

Autopac . . . enjoyed an almost complete monopoly in automobile insurance. It seems not too much to hold that no less can be properly expected from a publicly owned corporation, established to provide compulsory insurance to all motor vehicle owners as an essential public service, than from private insurance agents in adequately informing owners of the policy options available to them. This is particularly true where the same premium is payable whether the insurance is sold directly or through an independent agent. The law must respond in a practical way to the new reality of the sale of motor vehicle insurance compulsorily and directly by a governmental agency.

He therefore agreed with the trial judge that the respondent had failed in its duty to inform Mr. Fletcher of the availability of UMC when he purchased his insurance. In Blair J.A.’s view, the respondent was directly, and not merely vicariously, liable for its negligence in failing to do so.

He declined to rule on the arguments in support of a contractual basis for the duty owed by MPIC. “Whether and to what extent the decision of this court in *Wigle v. Allstate Ins. Co. of Canada*

Puisque le juge McKeown avait eu [TRADUCTION] «l’avantage inestimable» de voir et d’entendre tous les témoins, et que les conclusions qu’il avait tirées de la preuve ne comportaient pas d’erreurs manifestement déraisonnables ou dominantes, le juge Blair a statué que la Cour d’appel ne pouvait pas modifier les conclusions du juge de première instance.

b Le juge Blair n’a pas douté un instant que, si M. Fletcher avait contracté l’assurance par l’entremise d’un agent d’assurances indépendant, ce dernier aurait envers M. Fletcher une responsabilité délictuelle. Il a souligné qu’étant donné que tous les propriétaires de véhicule à moteur manitobains étaient tenus de souscrire auprès de la Société l’assurance minimale prescrite, elle avait l’obligation rigoureuse de [TRADUCTION] «renseigner suffisamment le public sur la protection supplémentaire qu’il pouvait souscrire». Il écrit, à la p. 211:

[TRADUCTION] L’Autopac [. . .] bénéficiait d’un monopole quasi total de l’assurance-automobile. Il ne semble pas exagéré de dire que l’on ne peut à juste titre être moins exigeant envers une société publique créée afin de fournir, à titre de service public essentiel, l’assurance que doivent souscrire obligatoirement tous les propriétaires de véhicule à moteur, qu’envers des agents d’assurances privés, pour ce qui est de bien renseigner les propriétaires sur les protections facultatives offertes. Cela est d’autant plus vrai lorsque la prime est la même, peu importe que la souscription de l’assurance se fasse directement ou par l’intermédiaire d’un agent indépendant. Le droit doit s’adapter d’une manière pratique à la réalité nouvelle que constitue l’assurance-automobile obligatoire pratiquée directement par un organisme gouvernemental.

Il a donc souscrit à l’avis du juge de première instance selon lequel l’intimée a manqué à son obligation d’informer M. Fletcher de la possibilité de souscrire la P.A.I.A., quand ce dernier a souscrit son assurance. De l’avis du juge Blair, la responsabilité de l’intimée a été engagée directement et non pas simplement du fait d’autrui, en raison de la négligence dont elle a fait preuve en omettant de donner ce renseignement.

Il ne s’est pas prononcé sur les arguments à l’appui de la nature contractuelle de l’obligation incombant à la Société. [TRADUCTION] «Nous pouvons reporter à une autre occasion le soin de

(1984), 49 O.R. (2d) 101 . . . and other cases on the doctrine of reasonable expectations apply to dealings between direct insurers and their insureds can be left to another day.”

Morden J.A. (concurring in the result with Finlayson J.A.)

Morden J.A. agreed with Finlayson J.A. that the appeal should be allowed. He stated that he was prepared to assume the correctness of the trial judge's finding that the respondent had a duty to advise the appellants about UMC. He did not think, however, that the evidence supported McKeown J.'s conclusion that the respondent had breached that duty. Morden J.A. noted that it was clear from the evidence that, if the appellant had read the flyer when he received it, he would have found out what UMC was, that it was available, and that he did not have it. In his mind Fletcher's failure to read the flyer was the decisive factor that defeated the appellants' claim.

The Issues

This appeal raises five issues:

1. Did the Ontario Court of Appeal err in departing from the trial judge's findings of fact?
2. Does a government-owned insurer selling compulsory insurance directly to owners of motor vehicles in the province of Manitoba have a duty to advise its customers of the existence, nature and extent of underinsured motorist coverage?
3. If such an insurer has such a duty, did it fulfil it in this case?
4. If the insurer did not fulfil its duty, is it liable for the appellants' loss?
5. Did the trial judge err in awarding the appellants their costs on a solicitor and client basis?

trancher la question de savoir si, et dans quelle mesure le cas échéant, la décision rendue par notre cour sur la théorie des attentes raisonnables, dans *Wigle v. Allstate Ins. Co. of Canada* (1984), 49 O.R. (2d) 101 . . . et dans d'autres affaires, s'applique aux opérations entre les assureurs qui font souscrire directement de l'assurance et leurs assurés».

Le juge Morden (qui souscrit aux motifs du juge Finlayson quant au résultat)

Le juge Morden a convenu avec le juge Finlayson qu'il y avait lieu d'accueillir l'appel. Il a déclaré être disposé à tenir pour juste la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'intimée avait l'obligation de renseigner les appelants sur la P.A.I.A. Il n'estimait cependant pas que la preuve étayait la conclusion du juge McKeown selon laquelle l'intimée avait manqué à son obligation. Le juge Morden a fait observer qu'il ressortait clairement de la preuve que, si l'appelant avait lu le prospectus quand il l'a reçu, il aurait découvert ce qu'était la P.A.I.A., qu'il pouvait la souscrire et qu'il ne l'avait pas souscrite. À son avis, l'omission de M. Fletcher de lire le prospectus était le facteur décisif qui justifiait le rejet de l'action des appelants.

Les questions en litige

Cet appel soulève cinq questions:

1. La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en s'écartant des conclusions de fait du juge de première instance?
2. Un assureur public qui fait souscrire directement une assurance obligatoire aux propriétaires de véhicule à moteur dans la province du Manitoba a-t-il l'obligation d'informer ses clients de l'existence, de la nature et de la portée de la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés?
3. Si cet assureur a une telle obligation, l'a-t-il remplie en l'espèce?
4. Si l'assureur n'a pas rempli son obligation, est-il responsable de la perte subie par les appelants?
5. Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant aux appelants leurs dépens comme entre procureur et client?

Analysis

1. *Did the Ontario Court of Appeal err in departing from the trial judge's findings of fact?*

It is essential that one have a clear picture of the facts in this appeal. In my view, we must therefore deal with a preliminary issue: in what circumstances is it appropriate for an appellate court to depart from a trial judge's findings of fact?

In *The Sir Robert Peel* (1880), 4 Asp. M.L.C. 321, James L.J. said at p. 322:

The Court will not depart from the rule it has laid down that it will not overrule the decision of the Court below on a question of fact in which the judge has had the advantage of seeing the witnesses and observing their demeanour, unless they find some governing fact which in relation to others has created a wrong impression.

In *Clarke v. Edinburgh Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, Lord Shaw confirmed that primacy must be given to the trial judge's findings of fact. He said, at pp. 35-36:

When a Judge hears and sees witnesses and makes a conclusion or inference with regard to what is the weight on balance of their evidence, that judgment is entitled to great respect, and that quite irrespective of whether the Judge makes any observation with regard to credibility or not. I can of course quite understand a Court of Appeal that says that it will not interfere in a case in which the Judge has announced as part of his judgment that he believes one set of witnesses, having seen them and heard them, and does not believe another. But that is not the ordinary case of a cause in a Court of justice. In Courts of justice in the ordinary case things are much more evenly divided; witnesses without any conscious bias towards a conclusion may have in their demeanour, in their manner, in their hesitation, in the nuance of their expressions, in even the turns of the eyelid, left an impression upon the man who saw and heard them which can never be reproduced in the printed page. What in such circumstances, thus psychologically put, is the duty of an appellate Court? In my opinion, the duty of an appellate Court in those circumstances is for each Judge of it to put to himself, as I now do in this case, the question, Am I—who sit here without those advantages, sometimes broad and sometimes subtle, which are the privilege of the Judge who heard and tried the case—in

Analyse

1. *La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en s'écartant des conclusions de fait du juge de première instance?*

Il est essentiel de bien comprendre les faits de ce pourvoi. À mon avis, nous devons donc résoudre une question préliminaire: dans quelles circonstances convient-il qu'une cour d'appel s'écarte des conclusions de fait du juge de première instance?

Dans l'arrêt *The Sir Robert Peel* (1880), 4 Asp. M.L.C. 321, le lord juge James dit, à la p. 322:

[TRADUCTION] La Cour n'a pas l'intention de s'écarter de la règle qu'elle a elle-même établie et qui porte qu'elle ne doit pas infirmer la décision d'une cour d'instance inférieure sur une question de fait au sujet de laquelle le juge a eu l'avantage de voir les témoins et d'observer leur comportement, à moins que la Cour ne découvre un fait déterminant qui, en regard des autres, a créé une fausse impression.

Dans l'arrêt *Clarke v. Edinburgh Tramways Co.*, [1919] S.C. (H.L.) 35, lord Shaw a confirmé qu'il faut donner la primauté aux conclusions de fait du juge de première instance. Il dit, aux pp. 35 et 36:

[TRADUCTION] Lorsqu'un juge entend et voit les témoins et qu'il tire une conclusion ou fait une déduction sur la base du poids qu'il attribue à leurs témoignages, ce jugement doit être traité avec grand respect, même si le juge n'a fait aucune observation à l'égard de la crédibilité. Naturellement, je comprends très bien une cour d'appel qui décide de ne pas intervenir dans le cas où le juge affirme dans ses motifs qu'il croit certains témoins plutôt que d'autres, après les avoir vus et entendus. Mais ce n'est pas ce qui se produit ordinairement devant une cour de justice. Ordinairement, devant une cour de justice, les choses sont partagées beaucoup plus également; des témoins sans parti pris conscient peuvent, par leur attitude, leur tenue, leur hésitation, la nuance de leurs expressions, voire par leurs cillements, avoir donné à celui qui les a vus et entendus une impression que le dossier imprimé ne peut pas reproduire. Psychologiquement parlant, quelle est donc alors l'obligation d'une cour d'appel? À mon avis, les juges d'une cour d'appel doivent, dans ces circonstances, se poser la question que je me pose présentement: moi qui ne puis profiter de ces avantages, parfois marqués, parfois subtils, dont bénéficie le juge qui entend la preuve et qui préside le procès, suis-je en mesure de conclure avec certitude, en l'absence de ces avantages, que le juge qui

a position, not having those privileges, to come to a clear conclusion that the Judge who had them was plainly wrong? If I cannot be satisfied in my own mind that the Judge with those privileges was plainly wrong, then it appears to me to be my duty to defer to his judgment.

Lord Sumner approved of this approach in *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.), where he said at p. 47:

None the less, not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the trial judge, and, unless it can be shown that he has failed to use or has palpably misused his advantage, the higher Court ought not to take the responsibility of reversing conclusions so arrived at, merely on the result of their own comparisons and criticisms of the witnesses and of their own view of the probabilities of the case. The course of the trial and the whole substance of the judgment must be looked at, and the matter does not depend on the question whether a witness has been cross-examined to credit or has been pronounced by the judge in terms to be unworthy of it. If his estimate of the man forms any substantial part of his reasons for his judgment the trial judge's conclusions of fact should, as I understand the decisions, be left alone. [Emphasis added.]

This proposition has been repeatedly endorsed in Canada: see, for example, *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210, at p. 217, per Martland J. Recent cases have gone on to refine the principle set out in *The Sir Robert Peel* and *The S.S. Hontestroom*. In particular, Ritchie J. provided a thorough history of the principle's evolution in *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at pp. 806-8 and concluded:

These authorities are not to be taken as meaning that the findings of fact made at trial are immutable, but rather that they are not to be reversed unless it can be established that the learned trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. While the Court of Appeal is seized with the duty of re-examining the evidence in order to be satisfied that no such error occurred, it is not, in my view, a part of its function to substitute its assessment of the balance of probability for the findings of the judge who presided at the trial. [Emphasis added.]

en a bénéficié a commis une erreur manifeste? Si je ne puis me convaincre que le juge qui en bénéficié a commis une erreur manifeste, il est alors de mon devoir de déférer à son jugement.

Lord Sumner a approuvé ce point de vue dans *Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.)*, [1927] A.C. 37 (H.L.), où il dit, à la p. 47:

[TRADUCTION] Néanmoins, le fait de ne pas avoir vu les témoins place les juges d'une cour d'appel dans une situation qui reste désavantageuse par rapport à celle du juge de première instance et, à moins que l'on ne démontre que ce dernier a omis de profiter de cet avantage, ou qu'il s'en est clairement servi à mauvais escient, la cour d'instance supérieure ne doit pas prendre la responsabilité d'infirmes des conclusions ainsi tirées, lorsqu'elle ne se base que sur le résultat de ses propres comparaisons et critiques des témoins et de sa propre opinion sur les probabilités de l'affaire. Le déroulement du procès et tout le fond du jugement doivent être examinés, et il ne s'agit pas de déterminer si la crédibilité d'un témoin a été établie par contre-interrogatoire ou si le juge a trouvé incroyables les déclarations de ce témoin. Si son appréciation de l'homme forme une partie substantielle des motifs de son jugement, les conclusions du juge de première instance sur les faits, d'après ce que je comprends des décisions, doivent être laissées intactes. [Je souligne.]

Les tribunaux canadiens ont sanctionné cette proposition à maintes reprises: voir, par exemple, *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, à la p. 217, le juge Martland. La jurisprudence récente a raffiné le principe énoncé dans les arrêts *The Sir Robert Peel* et *The S.S. Hontestroom*. Dans l'affaire *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802, en particulier, le juge Ritchie fait un historique complet du principe, aux pp. 806 à 808, avant de conclure:

On ne doit pas considérer que ces arrêts signifient que les conclusions sur les faits tirées en première instance sont intangibles, mais plutôt qu'elles ne doivent pas être modifiées à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits. Bien que la Cour d'appel ait l'obligation de réexaminer la preuve afin de s'assurer qu'aucune erreur de ce genre n'a été commise, j'estime qu'il ne lui appartient pas de substituer son appréciation de la prépondérance des probabilités aux conclusions tirées par le juge qui a présidé le procès. [Je souligne.]

And in *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, Dickson J. (as he then was) reiterated that a trial judge's findings of fact should not be interfered with unless he or she had made a "palpable and overriding error". He stated at p. 700:

It is trite law that an appellate court should not readily interfere with the findings of a trial judge, for reasons so often adumbrated but resting largely upon the advantage which a judge at trial enjoys over an appellate court, in having seen and heard the witnesses in the atmosphere of the arena.

These authorities, in my view, make crystal clear the test for determining when it is appropriate for an appellate court to depart from a trial judge's findings of fact: appellate courts should only interfere where the trial judge has made a "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts." The very structure of our judicial system requires this deference to the trier of fact. Substantial resources are allocated to the process of adducing evidence at first instance and we entrust the crucial task of sorting through and weighing that evidence to the person best placed to accomplish it. As this Court and the House of Lords have repeatedly emphasized, it is the trial judge who is in the best position to assess the credibility of testimony. An appellate court should not depart from the trial judge's conclusions concerning the evidence "merely on the result of their own comparisons and criticisms of the witnesses": see Lord Sumner in *The S.S. Hontestroom*, *supra*, at p. 47.

In the appeal now before us Finlayson J.A. departed from the trial judge's findings of fact on at least two counts. He did not accept McKeown J.'s finding that Mr. Fletcher had relied on the respondent's employees for information and advice. Nor did he accept McKeown J.'s finding that had Fletcher been offered UMC, he would have purchased it. Yet at no point did Finlayson J.A. apply the test that this Court set out in "*Kathy K*", *supra*, and *Lewis v. Todd and McClure*, *supra*. No attempt was made to spell out whether and in what respects the trial judge's

Et dans l'arrêt *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a affirmé de nouveau qu'on ne devait modifier les conclusions de fait du juge de première instance que s'il a commis une «erreur manifeste et dominante». Il dit, à la p. 700:

Il est de droit constant qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier facilement les conclusions d'un juge de première instance, et ce pour des raisons qui ont été bien souvent cernées; le motif principal est l'avantage dont jouit le juge de première instance qui, contrairement à une cour d'appel, voit et entend les témoins dans l'atmosphère du tribunal.

À mon sens, le critère applicable pour décider s'il convient que la cour d'appel s'écarte des conclusions de fait du juge de première instance ressort très nettement de ces arrêts: les cours d'appel ne doivent intervenir que si le juge de première instance a commis une «erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits». L'organisation même de notre système judiciaire exige que l'on défère à la décision du juge des faits. D'importantes ressources sont consacrées au processus de présentation de la preuve en première instance et nous confions à la personne la mieux placée pour l'accomplir la tâche cruciale d'examiner et d'apprécier la preuve. Comme notre Cour et la Chambre des lords l'ont souligné à maintes reprises, c'est le juge de première instance qui est le mieux placé pour évaluer la crédibilité des témoignages. Une cour d'appel ne doit pas s'écarter des conclusions du juge de première instance sur la preuve [TRADUCTION] «lorsqu'elle ne se base que sur le résultat de ses propres comparaisons et critiques des témoins»: voir lord Sumner dans l'arrêt *The S.S. Hontestroom*, précité, à la p. 47.

Dans le pourvoi dont nous sommes saisis, le juge Finlayson s'est écarté, au moins à deux égards, des conclusions de fait du juge de première instance. Il n'a pas accepté la conclusion du juge McKeown selon laquelle M. Fletcher s'était fié aux employés de l'intimée pour obtenir des renseignements et des conseils. Il n'a pas accepté non plus la conclusion du juge McKeown selon laquelle, si la P.A.I.A. avait été offerte à M. Fletcher, il l'aurait souscrite. Or, le juge Finlayson n'a, à aucun moment, appliqué le critère énoncé par notre Cour dans les arrêts «*Kathy K*» et *Lewis c. Todd et McClure*, précités.

findings of fact constituted “palpable and overriding errors”. Instead, Finlayson J.A. explained his decision to depart from the trial judge’s findings of fact by observing that the trial judge had “stretched the evidence in favour of Fletcher”. He refused to give much credence to the testimony of Fletcher, calling it “self-serving” and “entirely subjective”, and concluded by observing that he did not propose to give much weight to the trial judge’s findings of fact.

With respect, I do not think that it was open to the Court of Appeal to depart from the trial judge’s findings of fact absent evidence of a palpable and overriding error. An appellate court should not substitute its views about the facts for those of the trial judge without carefully applying the strict test which has been developed over the years by the highest courts in England and Canada. Absent some manifest and palpable error, the trial judge’s assessment of the witnesses’ credibility must be allowed to stand.

In the case at bar, the witnesses’ testimony and credibility were carefully considered by the trial judge. John Fletcher testified in chief that, “I was there to purchase insurance. I relied upon their expertise to advise me.” McKeown J. was of the view, at p. 632, that Mr. Fletcher was “a very careful and honest and credible witness [who] answered all questions in a straightforward manner” and he therefore found that Mr. Fletcher had relied upon the respondent’s employees for advice.

Mr. Fletcher also testified that if he had been advised about the availability of UMC, he would have purchased it for additional safety. McKeown J. commented, at p. 632, that “This is credible since the cost was only \$15. He had always followed his insurance broker’s advice in Ontario, and [his former insurance broker] said that he was an insurance conscious person.” In summarizing his findings McKeown J. said: “I find that if John

Il ne s’est pas efforcé de préciser en quoi les conclusions de fait du juge de première instance constituaient des «erreurs manifestes et dominantes». Le juge Finlayson a plutôt expliqué sa décision de s’écarter des conclusions de fait du juge de première instance en faisant remarquer que ce dernier avait [TRADUCTION] «forcé la preuve au profit de M. Fletcher». Il a refusé d’ajouter foi outre mesure au témoignage de M. Fletcher, le qualifiant d’«intéressé» et d’«entièrement subjectif», et il a conclu en faisant observer qu’il ne comptait pas accorder beaucoup de poids aux conclusions de fait du juge de première instance.

En toute déférence, je ne crois pas que la Cour d’appel pouvait s’écarter des conclusions de fait du juge de première instance, en l’absence de preuve de l’existence d’une erreur manifeste et dominante. Une cour d’appel ne doit pas substituer son appréciation des faits à celle du juge de première instance sans avoir soigneusement appliqué le critère strict établi au fil des ans par les tribunaux de dernier ressort en Angleterre et au Canada. En l’absence d’une erreur manifeste, il faut approuver l’appréciation de la crédibilité des témoins faite par le juge de première instance.

En l’espèce, le juge de première instance a examiné consciencieusement les dépositions des témoins et leur crédibilité. Au cours de son interrogatoire principal, John Fletcher a déclaré ceci: [TRADUCTION] «J’étais là pour souscrire une assurance. Je me suis fié à leur compétence pour me conseiller». Le juge McKeown a considéré, à la p. 632, que M. Fletcher était [TRADUCTION] «un témoin très consciencieux, honnête et crédible [qui] a répondu à toutes les questions d’une manière franche» et il en a conclu que M. Fletcher s’était fié aux employés de l’intimée pour obtenir des conseils.

Monsieur Fletcher a également témoigné que, s’il avait été informé de la possibilité de souscrire la P.A.I.A., il l’aurait souscrite pour plus de sûreté. Le juge McKeown a fait remarquer, à la p. 632, que [TRADUCTION] «cela est vraisemblable puisque la protection ne coûtait que 15 \$. Il avait toujours suivi les conseils de son courtier d’assurances ontarien, et [son ex-courtier d’assurances] a dit qu’il était quelqu’un qui attachait de l’import-

Fletcher had been offered underinsured motorist coverage he would have purchased the coverage.”

McKeown J.'s findings were based on an appreciation of the appellant's state of mind when he purchased the insurance and it was for the trial judge to assess the evidence with respect to that state of mind. As Bowen L.J. observed in *Edgington v. Fitzmaurice* (1885), 29 Ch. D. 459, at p. 483:

... the state of a man's mind is as much a fact as the state of his digestion. It is true that it is very difficult to prove what the state of a man's mind at a particular time is, but if it can be ascertained it is as much a fact as anything else.

McKeown J.'s findings of fact must stand. There is no reason to believe that he made a “palpable and overriding error”. He concluded, as he was entitled to do, that Mr. Fletcher was an extremely credible witness. On that basis he found that Mr. Fletcher relied on the respondent's employees for information and advice and that he would have purchased UMC had it been offered. These findings are entirely reasonable and it is no more open to this Court than it was to the Court of Appeal to depart from them.

2. *Did the respondent, a government-owned insurer selling compulsory insurance directly to owners of motor vehicles in the province of Manitoba, have a duty to advise its customers of the existence, nature and extent of underinsured motorist coverage?*

The appellants submit that the respondent owed them a duty to inform them of the availability of UMC. They argue that this duty sounds in both tort and contract, that there was a breach of this duty, and that they are entitled to damages in the amount of their loss.

A determination as to whether a duty is owed in either tort or contract in the circumstances of this case and, if so, the scope of that duty will have

tance à ses assurances». Résumant ses conclusions, le juge McKeown a dit: [TRADUCTION] «Je conclus que si John Fletcher s'était vu offrir la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés, il l'aurait souscrite».

Le juge McKeown a fondé ses conclusions sur son appréciation de l'état d'esprit de l'appelant au moment où il a contracté l'assurance, et il appartenait au juge de première instance d'évaluer la preuve relative à cet état d'esprit. Comme le lord juge Bowen le fait observer dans l'arrêt *Edgington v. Fitzmaurice* (1885), 29 Ch. D. 459, à la p. 483:

[TRADUCTION] ... l'état d'esprit d'une personne participe des faits, au même titre que sa digestion. Il est vrai qu'il est très difficile de prouver quel était l'état d'esprit d'une personne à un moment donné, mais s'il est possible de l'établir, il constitue un fait au même titre que toute autre chose.

Les conclusions de fait du juge McKeown doivent être maintenues. Rien ne nous autorise à croire qu'il a commis une «erreur manifeste et dominante». Il a conclu, à bon droit, que M. Fletcher était un témoin on ne peut plus crédible. Compte tenu de cela, il a jugé que M. Fletcher s'était fié aux employés de l'intimée pour obtenir des renseignements et des conseils, et qu'il aurait souscrit la P.A.I.A. si elle lui avait été offerte. Ces conclusions sont tout à fait raisonnables et notre Cour, comme la Cour d'appel, ne peut pas s'en écarter.

2. *L'intimée, un assureur public qui fait souscrire directement une assurance obligatoire aux propriétaires de véhicule à moteur dans la province du Manitoba, a-t-elle l'obligation d'informer ses clients de l'existence, de la nature et de la portée de la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés?*

Les appelants affirment que l'intimée était tenue de les informer de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. Ils soutiennent que cette obligation engage sa responsabilité délictuelle et contractuelle, qu'elle a manqué à son obligation et qu'ils ont droit à des dommages-intérêts correspondant au montant de leur perte.

Diverses répercussions importantes pour les régimes d'assurance publics découleront de notre décision sur la question de savoir si, suivant les règles

several important implications for publicly owned and operated insurance plans. For example, decisions about the type of training given to employees who deal directly with customers will almost certainly have to be made with an eye to the content of the duty imposed by law on such insurers. If the law requires them not only to advise customers of the different options available but also to explain the nature of the protection these options provide, then insurers will have to make sure that their employees are equipped to do this. If the content of the duty is even greater and the insurer is obliged to advise the customer whether he or she should acquire such additional coverage, even more extensive employee training may be required.

I propose to consider first whether a duty sounds in tort and thereafter, if necessary, whether it sounds also in contract.

(A) Tort

(a) *Is there a duty of care?*

The question raised by this appeal is whether MPIC owes a duty of care in the provision of information to its customers about optional forms of insurance coverage. To answer this question we must focus on the relationship between insurer and insured. In other words, we need to consider whether there is anything about the context in which customers purchase a policy from the public insurer which might be thought to give rise to a duty to provide information and to advise them of their options. I begin by reviewing the principles of law applicable to determine whether a duty of care exists and then turn to consider the application of those principles in the context of this appeal.

In *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, a mink ranch operator sued an airline for damages when the noise created by one of their pilots flying low over the operator's

du droit de la responsabilité civile délictuelle ou du droit des contrats, une obligation existe en l'espèce et, dans l'affirmative, quelle en est l'étendue. Par exemple, des décisions sur le type de formation donnée aux employés qui font souscrire directement des assurances à des clients devront très certainement être prises en tenant compte de la teneur de l'obligation légale qui incombe aux assureurs. Si la loi les oblige non seulement à renseigner les clients sur les différentes protections susceptibles d'être souscrites, mais encore à leur expliquer la nature de ces protections facultatives, les assureurs devront veiller à ce que leurs employés soient en mesure de le faire. Si l'obligation va encore plus loin et que l'assureur est tenu de conseiller le client sur l'opportunité de souscrire cette protection supplémentaire, une formation encore plus poussée des employés pourra être nécessaire.

Je me propose d'étudier d'abord la question de savoir s'il existe une obligation qui découle du droit en matière de responsabilité civile délictuelle, puis le cas échéant, si cette obligation est également contractuelle.

(A) Responsabilité civile délictuelle

a) *Y a-t-il une obligation de diligence?*

Dans ce pourvoi, il s'agit de décider si la Société a une obligation de diligence lorsqu'elle fournit des renseignements à ses clients au sujet des couvertures facultatives qu'elle offre. Pour répondre à cette question, nous devons nous concentrer sur les rapports entre l'assureur et l'assuré. Autrement dit, nous devons décider si le contexte dans lequel les clients souscrivent une assurance auprès de l'assureur public pourrait être considéré, sous quelque aspect que ce soit, comme engendrant une obligation de les renseigner et conseiller sur les protections qu'ils peuvent souscrire. Je vais en premier lieu examiner les principes de droit applicables pour déterminer si une obligation de diligence existe et, en second lieu, décider si ces principes s'appliquent dans le contexte du présent pourvoi.

Dans l'affaire *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241, un éleveur de visons avait intenté des poursuites en dommages-intérêts contre une compagnie d'aviation. À cause

ranch caused the female mink to eat the young. MacDonald J. found that the defendant airline had no duty to the plaintiff because the pilot did not know and could not reasonably have foreseen that there were mink farms in the area. MacDonald J. approached the case by first posing himself the question at pp. 253-54:

Does the evidence establish that the defendant was under a legal duty to use care to avoid injury to the plaintiff's business as a mink ranch operator?

He then explained at p. 254 how this question is to be answered:

The common law yields the conclusion that there is such a duty only where the circumstances of time, place, and person would create in the mind of a reasonable man in those circumstances such a probability of harm resulting to other persons as to require him to take care to avert that probable result.

He continued at p. 256:

Many attempts have been made to generalize the circumstances which create a legal duty of care What is common . . . is the idea of a *relationship between parties attended by a foreseeable risk of harm* That relationship may arise out of circumstance of physical proximity; but it is not that circumstance *per se* which gives rise to duty but the probability of harm inhering in the relationship of parties, spatial or otherwise. If such a relationship does exist in fact, or in contemplation, and is fraught with the likelihood of harm to another in that relationship, the basis of duty exists; and it is immaterial that the locus or date of the occurrence of the apprehended harm be unknown. [Emphasis in original.]

MacDonald J. in *Nova Mink Ltd.* was applying the classic formulation in Lord Atkin's famous dictum in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, at p. 580:

At present I content myself with pointing out that in English law there must be, and is, some general conception of relations giving rise to a duty of care, of which the particular cases found in the books are but instances You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be

du bruit produit par un avion volant à basse altitude au-dessus de sa ferme d'élevage de visons, des femelles avaient dévoré leurs petits. Le juge MacDonald a décidé que la compagnie d'aviation défenderesse n'avait aucune obligation envers le demandeur parce que le pilote ne savait pas, et ne pouvait pas raisonnablement prévoir, qu'il y avait des fermes d'élevage de visons dans la région. Pour trancher le litige, le juge MacDonald se pose d'abord la question suivante, aux pp. 253 et 254:

[TRADUCTION] La preuve établit-elle que la défenderesse avait l'obligation légale d'agir avec diligence afin d'éviter de causer un préjudice à l'élevage de visons du demandeur?

Il explique ensuite, à la p. 254, comment il faut répondre à cette question:

[TRADUCTION] Il ressort de la common law qu'il n'y a une telle obligation que si, dans les mêmes circonstances de temps, de lieu et d'individus, une personne raisonnable se serait rendu compte que le risque qu'il y avait de causer un préjudice à d'autres personnes l'obligeait à faire preuve de diligence afin d'éviter ce résultat probable.

Il ajoute à la p. 256:

[TRADUCTION] À maintes reprises, on a tenté de généraliser les circonstances qui engendrent une obligation de diligence. [...] Le point commun [...] est la notion de *rappports entre les parties comportant un risque prévisible de préjudice* . . . Ces rapports peuvent résulter de la proximité physique; mais cette circonstance en soi ne donne pas lieu à une obligation. C'est plutôt la probabilité de préjudice inhérente à la nature des rapports entre les parties, sur le plan spatial ou autre, qui y donne lieu. Si de tels rapports existent en réalité, ou sont envisagés, et entraînent des risques de préjudice pour l'une des parties, l'obligation existe; et il n'importe pas que l'on ignore le lieu ou le moment où surviendra le préjudice appréhendé. [Italique dans le texte original.]

Dans l'arrêt *Nova Mink Ltd.*, le juge MacDonald a repris la formulation classique employée dans le fameux énoncé de lord Atkin dans *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, à la p. 580:

[TRADUCTION] Pour le moment, je me contente de souligner qu'en droit anglais il doit y avoir, et il y a effectivement, une conception générale des rapports donnant lieu à une obligation de diligence, dont les décisions publiées dans les recueils ne sont que des exemples . . . Il faut agir avec diligence raisonnable pour éviter des actes

likely to injure your neighbour. Who, then, in law is my neighbour? The answer seems to be—persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts or omissions which are called in question.

English and Canadian courts have applied Lord Atkin's "neighbour principle" to many types of relationships, including those involving the communication of information. There is now ample authority for the proposition that reasonable reliance by a person on information provided by someone else can ground a duty of care at common law that binds the provider of the information. For example, in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, the House of Lords considered the liability of bankers who had negligently provided references concerning the solvency of one of their clients to the plaintiff company. The plaintiff company relied on these references and subsequently suffered significant losses when the client went into liquidation. The Law Lords held that in certain cases involving the provision of information or advice by one person to another, despite the absence of any contract between them, a special relationship can arise so as to impose on the provider of the information a duty of care towards the person who received it. Lord Morris of Borth-y-Gest said at pp. 502-3:

My Lords, I consider that it follows and that it should now be regarded as settled that if someone possessed of a special skill undertakes, quite irrespective of contract, to apply that skill for the assistance of another person who relies upon such skill, a duty of care will arise. The fact that the service is to be given by means of or by the instrumentality of words can make no difference. Furthermore, if in a sphere in which a person is so placed that others could reasonably rely upon his judgment or his skill or upon his ability to make careful inquiry, a person takes it upon himself to give information or advice to, or allows his information or advice to be passed on to, another person who, as he knows or should know, will place reliance upon it, then a duty of care will arise. [Emphasis added.]

ou omissions dont on peut raisonnablement prévoir qu'ils seront susceptibles de léser son prochain. Qui est donc mon prochain en droit? La réponse semble être: les personnes qui sont touchées de si près et si directement par mon acte que je devrais raisonnablement envisager qu'elles seront ainsi touchées lorsque je considère les actes ou omissions en question.

Les tribunaux anglais et canadiens ont appliqué le «principe du prochain» à plusieurs types de rapports, dont ceux qui comportent la communication de renseignements. Une jurisprudence abondante permet aujourd'hui d'affirmer que la confiance raisonnable d'une personne dans les renseignements fournis par quelqu'un d'autre peut fonder une obligation de diligence en common law chez celui qui les fournit. Par exemple, dans *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, la Chambre des lords s'est penchée sur la responsabilité de banquiers qui avaient fait preuve de négligence en fournissant à la société demanderesse des références au sujet de la solvabilité de l'un de leurs clients. La demanderesse s'était fiée à ces références et avait subi par la suite d'importantes pertes quand la cliente a fait l'objet d'une liquidation. Les lords juges ont décidé que parfois, lorsqu'une personne fournit des renseignements ou donne des conseils à une autre personne, malgré l'absence de lien contractuel entre elles, une relation particulière peut s'établir et créer pour celle qui fournit l'information une obligation de diligence envers celle qui la reçoit. Lord Morris of Borth-y-Gest affirme, aux pp. 502 et 503:

[TRADUCTION] Je considère, vos seigneuries, qu'il s'ensuit et qu'il devrait maintenant être considéré comme établi que, lorsqu'une personne qui possède une habileté particulière s'engage, tout à fait indépendamment d'un contrat, à mettre cette habileté au service d'une autre personne qui s'y fie, une obligation de diligence prend naissance. Le fait que le service doit être rendu à l'aide ou au moyen de mots ne saurait faire de différence. De plus, lorsqu'une personne, qui occupe dans un domaine déterminé une place propre à inciter les gens à avoir raisonnablement confiance en son jugement ou en son habileté, ou en son aptitude à faire des recherches minutieuses, prend sur elle de donner un renseignement ou un conseil, ou permet que ce renseignement ou ce conseil soit transmis à un tiers qui, comme elle le sait ou devrait le savoir, s'y fiera, une obligation de diligence prend alors naissance. [Je souligne.]

Courts in England and Canada have applied the *Hedley Byrne* principle to other relationships of proximity where it was foreseeable that one party would reasonably rely on the information or advice given by the other: see, for example, *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466 (chartered accountants/investors), *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228 (courier company/client), and *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2 (municipal building inspectors/homeowners).

In *Mutual Life & Citizens' Assurance Co. v. Evatt*, [1971] 1 All E.R. 150, Lord Diplock discussed at p. 154 the type of circumstances which give rise to a relationship of reliance and a concomitant duty to take care:

In *Hedley Byrne* itself and in the previous English cases on negligent statements which were analysed in the speeches, with the notable exceptions of *Fish v. Kelly*, (1864) 17 CBNS 194, *Derry v. Peek*, (1889) 14 App Cas 337, [1886-90] All ER Rep I, and *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch 82, [1891-94] All ER Rep 348, the relationship possessed the characteristics (1) that the maker of the statement had made it in the ordinary course of his business or profession and (2) that the subject-matter of the statement called for the exercise of some qualification, skill or competence not possessed by the ordinary reasonable man, to which the maker of the statement was known by the recipient to lay claim by reason of his engaging in that business or profession.

The editors of *MacGillivray & Parkington on Insurance Law* (8th ed. 1988), commenting on the evolution of the *Hedley Byrne* principle, state at p. 231:

Although the grounds and scope of the duty to take care in the making of statements cannot be said to be definitively settled, there is no doubt that the duty would apply to parties in negotiations for a policy of insurance.

Indeed, English and Canadian courts have not hesitated to apply the *Hedley Byrne* principle to the relationship between insurance agents and their clients: see, for example, *Cherry Ltd. v. Allied Insurance Brokers Ltd.*, [1978] 1 Lloyd's

Les tribunaux anglais et canadiens ont appliqué le principe de l'arrêt *Hedley Byrne* à d'autres rapports de proximité lorsqu'il était prévisible qu'une partie se fierait raisonnablement aux renseignements ou aux conseils donnés par l'autre: voir, par exemple, *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466 (comptables agréés/investisseurs), *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228 (compagnie de messageries/client) et *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2 (inspecteurs municipaux des bâtiments/propriétaires de maisons).

Dans l'arrêt *Mutual Life & Citizens' Assurance Co. v. Evatt*, [1971] 1 All E.R. 150, lord Diplock examine, à la p. 154, le type de circonstances qui donnent naissance à une relation basée sur la confiance et à une obligation de diligence concomitante:

[TRADUCTION] Dans l'arrêt *Hedley Byrne* lui-même et dans la jurisprudence anglaise antérieure portant sur des déclarations faites avec négligence, dont le contenu avait été analysé, sauf les exceptions notables de *Fish v. Kelly* (1864), 17 CBNS 194, *Derry v. Peek* (1889), 14 App Cas 337, [1886-90] All ER Rep I, et *Low v. Bouverie*, [1891] 3 Ch 82, [1891-94] All ER Rep 348, les rapports présentaient les caractéristiques suivantes: premièrement, l'auteur de la déclaration l'avait faite dans le cours normal de ses affaires ou de sa profession et deuxièmement, l'objet de la déclaration exigeait une certaine compétence ou habileté que ne possède pas la personne ordinaire raisonnable, mais dont son interlocuteur savait l'auteur pourvu du fait de son métier ou de sa profession.

Au sujet de l'évolution du principe de l'arrêt *Hedley Byrne*, les éditeurs de *MacGillivray & Parkington on Insurance Law* (8^e éd. 1988), disent à la p. 231:

[TRADUCTION] Certes, on ne peut affirmer que les fondements et l'étendue de l'obligation de diligence qui incombe à ceux qui font des déclarations soient établis définitivement, mais il ne fait aucun doute que cette obligation s'applique aux parties qui négocient une police d'assurance.

De fait, les tribunaux anglais et canadiens n'ont pas hésité à appliquer le principe de l'arrêt *Hedley Byrne* aux rapports entre les agents d'assurances et leurs clients; voir, par exemple, *Cherry Ltd. v. Allied Insurance Brokers Ltd.*, [1978] 1 Lloyd's

Rep. 274 (Q.B.), *General Accident Fire and Life Assurance Corp. v. Peter William Tanter (The "Zephyr")*, [1985] 2 Lloyd's Rep. 529 (Eng. C.A.), *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Ins. Co.*, [1989] 2 All E.R. 952 (Eng. C.A.), *Pare v. Occidental Life Insurance Co. of California* (1986), 23 C.C.L.I. 288 (B.C.S.C.), *Bell v. Tinmouth* (1988), 34 C.C.L.I. 179 (B.C.C.A.), *Norlympia Seafoods Ltd. v. Dale & Co.*, [1983] I.L.R. 6475 (B.C.S.C.) and *Woodside v. Gibraltar General Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 150 (Ont. S.C.) (appeal pending).

At issue in *Banque Financière*, *supra*, was the liability of the defendant insurer for the actions of its agent who had negligently failed to disclose to the plaintiff banks the deception being practised by one of the banks' debtors. Slade L.J. stated at p. 1007:

In many cases where a misrepresentation has been made to another person, particularly by a professional man acting in the course of his profession, the assumption of responsibility may be readily inferred.

Can a mere failure to speak ever give rise to liability in negligence under *Hedley Byrne* principles? In our view it can, but subject to the all-important proviso that there has been on the facts a voluntary assumption of responsibility in the relevant sense and reliance on that assumption. These features may be much more difficult to infer in a case of mere silence than in a case of misrepresentation. But that they can be inferred is shown by a recent decision of this court in *Al-Kandari v J R Brown & Co. (a firm)* [1988] 1 All E.R. 833, [1988] QB 665

We can see no sufficient reason on principle or authority why a failure to speak should not be capable of giving rise to liability in negligence under *Hedley Byrne* principles, provided that the two essential conditions are satisfied.

Norlympia Seafoods Ltd., *supra*, concerned the duty of care of an insurance broker who, while arranging insurance for the maiden voyage of a large fish processing barge, mistakenly advised the owners of the barge that certain forms of coverage were in place. The barge ran aground and suffered extensive damage to the hull and machinery. These losses were not covered by insurance.

Rep. 274 (B.R.), *General Accident Fire and Life Assurance Corp. v. Peter William Tanter (The "Zephyr")*, [1985] 2 Lloyd's Rep. 529 (C.A. Angl.), *Banque Financière de la Cité SA v. Westgate Insurance Co.*, [1989] 2 All E.R. 952 (C.A. Angl.), *Pare v. Occidental Life Insurance Co. of California* (1986), 23 C.C.L.I. 288 (C.S.C.-B.), *Bell v. Tinmouth* (1988), 34 C.C.L.I. 179 (C.A.C.-B.), *Norlympia Seafoods Ltd. v. Dale & Co.*, [1983] I.L.R. 6475 (C.S.C.-B.) et *Woodside v. Gibraltar General Insurance Co.* (1988), 34 C.C.L.I. 150 (C.S. Ont.) (appel en instance).

Dans l'arrêt *Banque Financière*, précité, il s'agissait de statuer sur la responsabilité de l'assureur défendeur pour les actes de son agent qui avait, par négligence, omis de révéler à la banque demanderesse la supercherie pratiquée par l'un des débiteurs de la banque. Le lord juge Slade dit, à la p. 1007:

[TRADUCTION] Bien souvent, quand une fausse déclaration a été faite à un tiers, en particulier si son auteur l'a faite dans l'exercice de sa profession, on peut facilement inférer qu'il en a accepté la responsabilité.

La simple omission de parler peut-elle parfois engendrer la responsabilité pour négligence, en vertu des principes de l'arrêt *Hedley Byrne*? Oui, à notre sens, mais à la condition capitale que les faits montrent qu'il y a eu acceptation de la responsabilité au sens où il faut l'entendre, et confiance dans cette acceptation. Il peut s'avérer beaucoup plus difficile de déduire l'existence de ces conditions s'il s'est agi d'un simple silence et non d'une fausse déclaration. Mais une décision récente de notre Cour, *Al-Kandari v J R Brown & Co. (a firm)*, [1988] 1 All E.R. 833, [1988] QB 665, montre qu'elles peuvent être inférées . . .

Nous ne pouvons trouver aucune raison suffisante, fondée sur un principe ou sur la jurisprudence, qui nous empêche de conclure que le silence engendre la responsabilité pour négligence, conformément aux principes de l'arrêt *Hedley Byrne*, pourvu que les deux conditions essentielles soient remplies.

La décision *Norlympia Seafoods Ltd.*, précitée, concernait l'obligation de diligence d'un courtier d'assurances qui, chargé d'assurer le premier voyage d'une grande barge employée au traitement du poisson, a informé par erreur les propriétaires de la barge en cause qu'ils jouissaient de certaines protections. Or, la barge s'est échouée et a subi des avaries considérables à la coque et aux machines.

Although McLachlin J. (as she then was) was of the view that the relationship between the parties was properly analysed on the basis of contract, she added at p. 6491:

... it may be noted that application of recognized tort principles would also establish the liability of Dale & Company. On the principles established in *Hedley Byrne* ... the defendant is liable for failure to properly inform the plaintiffs of material facts and for misrepresentation of material facts.

These cases support the proposition that individuals or corporations whose business involves the provision of information or advice to others owe a duty of care in communicating that information or advice to those whom they know will reasonably rely on it. As Slade L.J. said, at p. 1007, where the information is provided in the course of doing business, the "assumption of responsibility may be readily inferred."

In my view, the sale of automobile insurance is a business in the course of which information is routinely provided to prospective customers in the expectation that they will rely on it and who do in fact reasonably rely on it. It follows, therefore, that the principle in *Hedley Byrne* applies and that MPIC will owe a duty of care to its customers if: (i) such customers rely on the information, (ii) their reliance is reasonable, and (iii) MPIC knew or ought to have known that they would rely on the information.

(i) Was there reliance?

McKeown J. found that the appellant Mr. Fletcher relied upon the expertise of MPIC's employees to inform him of available coverages. This is not surprising. It is only natural that customers will rely on the information that public insurers provide to them in order to make decisions about how much risk they are willing to bear. Moreover, I note that in the appeal before us Autopac insurance is compulsory for all owners of motor vehicles. Accordingly, they are likely to rely on the government insurer as their source of infor-

Ce sinistre n'était pas couvert par l'assurance. Bien que le juge McLachlin (maintenant juge de notre Cour) fut d'avis qu'il convenait d'analyser les rapports entre les parties sous l'angle contractuel, elle a ajouté, à la p. 6491:

[TRADUCTION] ... on peut noter que la responsabilité de Dale & Company découlerait aussi de l'application des principes de droit reconnus en matière de responsabilité délictuelle. Suivant les principes énoncés dans *Hedley Byrne*, ... la défenderesse a engagé sa responsabilité parce qu'elle a omis d'informer suffisamment la demanderesse de faits importants et fait une présentation inexacte de faits importants.

Cette jurisprudence appuie la proposition selon laquelle les personnes physiques ou morales, qui donnent des renseignements ou des conseils dans le cours de leurs affaires, ont une obligation de diligence envers ceux qui, à leur connaissance, feront raisonnablement confiance à ces renseignements ou conseils. Comme le dit le lord juge Slade, à la p. 1007, si celui qui donne les renseignements le fait dans le cours de ses affaires, [TRADUCTION] «on peut facilement inférer qu'il en a accepté la responsabilité».

À mon avis, celui qui fait souscrire de l'assurance-automobile fournit couramment, dans le cours de ses affaires, des renseignements à des clients éventuels dans l'espoir qu'ils y prêtent foi et, de fait, ils s'y fient raisonnablement. Il s'ensuit donc que le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne* est applicable et que la Société a envers ses clients une obligation de diligence (1) si ces clients se fient aux renseignements, (2) si leur confiance est raisonnable, et (3) si la Société savait ou aurait dû savoir qu'ils se fieraient aux renseignements.

(i) A-t-on prêté foi?

Le juge McKeown a décidé que l'appellant, M. Fletcher, s'était fié à la compétence des employés de la Société pour le renseigner sur les protections disponibles. Cela n'a rien d'étonnant. Il est naturel que les clients se fient aux renseignements que les assureurs publics leur fournissent pour décider de l'importance des risques qu'ils sont prêts à supporter. Au surplus, je constate que dans le présent pourvoi, l'assurance Autopac est obligatoire pour tous les propriétaires de véhicule à moteur. Par conséquent, ils vont vraisemblablement se fier à

mation about the kinds of additional coverage available and the nature of the protection it affords.

(ii) Was the reliance reasonable?

In my view, customer reliance is entirely reasonable in the circumstances. Few people approaching MPIC's counter will have any great familiarity with the compulsory insurance requirement of the law or with the specific types of optional additional coverage available and the protection they provide. They expect the employee serving them to tell them about the risks against which they must insure and those against which they may insure and what it will cost to do so.

(iii) Was the reliance expected?

In *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, *supra*, Estey J. made it clear that, before a court can impose a duty of care on the defendant, a plaintiff has to establish not only that there was reasonable reliance by him or her but that the defendant was aware of that reliance. On the latter criterion Estey J. followed *Haig v. Bamford*, *supra*, in which Dickson J. (as he then was) elaborated on the requirement that the defendant "know" that the plaintiff will rely on him. Dickson J. held at pp. 476-77 that it was not necessary that the defendant be aware of any specific plaintiff who was relying on him. The defendant's liability was grounded rather in his knowledge that a limited class of persons (to which class the plaintiff belonged) would use and rely upon his statement.

It is clear in this case that MPIC knew or ought to have known that purchasers of insurance constitute a class of persons that may reasonably be expected to rely on the information communicated to them by its employees. A public insurer cannot assume that customers are knowledgeable about the various optional coverages and that they will therefore know exactly what to ask for when they arrive at the counter. At the very least, customers need some clear information about available options in order to make an informed choice about the amount and type of insurance they should buy. In the case at bar, two top executives of the

l'assureur public pour ce qui est de les renseigner sur les formes disponibles de protection supplémentaire et sur la nature de la couverture qu'elles comportent.

(ii) Cette confiance était-elle raisonnable?

À mon sens, la confiance du client est tout à fait raisonnable en l'occurrence. Peu de gens qui se présentent au comptoir de la Société sont familiers avec l'assurance obligatoire prévue par la loi et les formes disponibles de protection facultative supplémentaire. Ceux-ci s'attendent à ce que l'employé qui s'occupe d'eux les renseigne sur les risques contre lesquels ils doivent s'assurer et sur ceux contre lesquels ils peuvent s'assurer, ainsi que sur les primes correspondantes.

(iii) Cette confiance était-elle anticipée?

Dans l'arrêt *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, précité, le juge Estey a dit clairement que, pour que la cour puisse imposer au défendeur une obligation de diligence, le demandeur doit établir non seulement que sa confiance était raisonnable, mais encore que le défendeur savait qu'il lui faisait confiance. Au sujet de ce dernier critère, le juge Estey a suivi l'arrêt *Haig c. Bamford*, précité, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a explicité l'exigence que le défendeur «sache» que le demandeur se fierà à lui. Le juge Dickson conclut, aux pp. 476 et 477, qu'il n'est pas nécessaire que le défendeur sache qu'un demandeur en particulier se fie à lui. La responsabilité du défendeur tient plutôt au fait qu'il sait qu'une catégorie limitée de personnes (à laquelle appartient le demandeur) utilisera sa déclaration et s'y fierà.

De toute évidence, la Société savait ou aurait dû savoir, en l'espèce, que les souscripteurs de l'assurance formaient une catégorie de personnes dont on pouvait raisonnablement prévoir qu'elles ajouteraient foi aux renseignements que ses employés leur fourniraient. Un assureur public ne peut pas présumer que les clients connaissent les diverses protections facultatives et qu'ils savent donc exactement quoi demander lorsqu'ils se présentent au comptoir. Les clients ont besoin, à tout le moins, de renseignements clairs sur les protections facultatives offertes afin d'être en mesure de faire un choix éclairé quant au montant et au type d'assu-

respondent stated on examination for discovery that MPIC purported to provide the same service to the public with respect to selling the Autopac insurance that private brokers do and that the public would have no good reason to suspect that the calibre of the advice they received from the Autopac agents would be any less competent. It is evident that these executives were well aware that customers would rely on the information their employees provided. Such anticipated reliance brings the customer within the scope of those persons directly affected by the insurer's acts or omissions. It makes him or her a "neighbour", to use Lord Atkin's phrase. I conclude therefore that MPIC owed a duty of care to its customers to inform them of all available coverages, their purpose and their cost.

(b) *What is the scope of the duty?*

The appellants submit that MPIC's duty of care should be the same as that of a private insurance agent or broker in Manitoba. The respondent, on the other hand, argues that, if there is a duty at all, it is merely the duty owed by a seller to a buyer in a transaction between two parties dealing at arm's length. In my view, the scope of the duty owed by MPIC lies somewhere between these two positions.

(i) The duty on private agents and brokers

Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.), is the leading Canadian case concerning the duty of care owed by private insurance agents and brokers. Mr. Fine had an extensive horticultural business. He asked his insurance agent, through whom he had purchased insurance for more than 20 years, to obtain "full coverage" for his business. The agent obtained coverage under a policy which covered a number of risks. However, it did not cover damage resulting from breakdown of the heating system due to normal wear and tear of the pumps. A pump failure subsequently

rance à souscrire. En l'espèce, deux cadres supérieurs de l'intimée ont déclaré au cours de leur interrogatoire préalable que la Société prétendait, en faisant souscrire l'assurance Autopac, fournir au public le même service que les courtiers privés, et que le public n'ait aucune raison sérieuse de soupçonner que les agents de l'Autopac leur donneraient de moins bons conseils. Il est évident que ces cadres savaient pertinemment que les clients se fieraient aux renseignements fournis par leurs employés. Comme l'assureur prévoyait que le client se fierait à ces renseignements, ce dernier tombe donc dans la catégorie des personnes directement touchées par les actions ou omissions de l'assureur. Cela en fait un «prochain», pour reprendre le terme de lord Atkin. Je conclus donc que la Société avait envers ses clients une obligation de diligence pour ce qui était de les informer de toutes les protections offertes, de leur but et des primes correspondantes.

b) *Quelle est l'étendue de cette obligation?*

Les appelants soutiennent que l'obligation de diligence de la Société doit être la même que celle d'un agent ou courtier d'assurances privé au Manitoba. Par ailleurs, l'intimée soutient que, si elle a une obligation, c'est seulement celle qu'a un vendeur envers un acheteur dans une transaction entre deux parties sans lien de dépendance. À mon avis, l'étendue de l'obligation de la Société se situe quelque part entre ces deux positions.

(i) L'obligation des agents et courtiers privés

L'arrêt *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 529 (C.A.), est la décision de principe au Canada relativement à l'obligation de diligence des agents et courtiers d'assurances privés. Monsieur Fine exploitait une importante entreprise horticole. Il a demandé à son agent d'assurances, par l'intermédiaire duquel il avait souscrit des polices pendant plus de 20 ans, de lui procurer une «protection complète» à l'égard de son entreprise. L'agent lui a fait souscrire une protection en vertu d'une police couvrant un certain nombre de risques. Toutefois, elle ne couvrait pas les dommages causés par une panne du système de chauffage attribuable à l'usure normale des pompes. Or, un arrêt des

occurred and extensive damage was caused to the plaintiff's plants and flowers.

The outcome of the case turned on whether the plaintiff's loss fell within the scope of the duty owed by the insurance agent. The majority discussed the agent's duty at p. 538:

The main ground of appeal from the judgment of the learned trial Judge is that he put far too broad and sweeping a duty on insurance agents. They are not insurers. It is not part of their duty to know everything about their clients' businesses so as to be in a position to anticipate every conceivable form of loss to which they might be subject. The agent's duty, counsel submits, is "to exercise a reasonable degree of skill and care to obtain policies in the terms bargained for and to service those policies as circumstances might require".

I take no issue with counsel's statement of the scope of the insurance agent's duty except to add that the agent also has a duty to advise his principal if he is unable to obtain the policies bargained for so that his principal may take such further steps to protect himself as he deems desirable. The operative words, however, in counsel's definition of the scope of the agent's duty, are "policies in the terms bargained for".

In many instances, an insurance agent will be asked to obtain a specific type of coverage and his duty in those circumstances will be to use a reasonable degree of skill and care in doing so or, if he is unable to do so, "to inform the principal promptly in order to prevent him from suffering loss through relying upon the successful completion of the transaction by the agent".

But there are other cases, and in my view this is one of them, in which the client gives no such specific instructions but rather relies upon his agent to see that he is protected and, if the agent agrees to do business with him on those terms, then he cannot afterwards, when an uninsured loss arises, shrug off the responsibility he has assumed. [Emphasis added.]

Thus, the agent would have discharged his duty in *Fine's Flowers* if he had informed the plaintiff that certain types of losses were not covered by the policy he had arranged and had advised the plaintiff to purchase additional coverage for the pumps if he really wanted "full coverage". Estey C.J.O. (as he then was) stressed that the agent owed a positive duty to warn the client. He put the stand-

pompes a entraîné des dommages considérables aux plantes et aux fleurs de la demanderesse.

Pour trancher le litige, il fallait décider si la perte de la demanderesse pouvait relever de l'obligation de l'agent d'assurances. Le juge représentant la majorité examine l'obligation de l'agent, à la p. 538:

[TRADUCTION] Le principal moyen d'appel invoqué à l'encontre de la décision du juge de première instance est que ce dernier attribue aux agents d'assurances une obligation trop générale et absolue. Ce ne sont pas des assureurs. Il ne leur incombe pas de tout savoir sur les activités de leurs clients afin d'être en mesure de prévoir toutes les formes possibles de risques qu'ils courent. L'obligation de l'agent, au dire de l'avocat, est «de faire preuve d'une habileté et d'une diligence raisonnables pour délivrer les polices négociées et pour y donner suite au besoin».

Je ne conteste pas la portée que l'avocat donne à l'obligation de l'agent d'assurances, sauf que j'ajouterai que ce dernier a aussi l'obligation d'informer son commettant de l'impossibilité d'obtenir les polices négociées, de sorte qu'il puisse prendre les autres mesures qu'il estime souhaitables pour se protéger. Les mots clés de la définition donnée par l'avocat de la portée de l'obligation de l'agent sont «les polices négociées».

Il arrive souvent que l'on demande un certain type de protection à l'agent d'assurances et il a alors l'obligation de faire preuve d'une habileté et d'une diligence raisonnables pour procurer cette protection ou, s'il en est incapable, «d'informer le commettant sans tarder afin d'empêcher qu'il subisse une perte en se fiant que l'agent mènera à bien la transaction».

Mais il arrive aussi, et j'estime que c'est le cas en l'espèce, que le client ne donne pas d'instructions précises à l'agent, mais qu'il se fie à lui pour veiller à l'assurer et, si l'agent accepte de faire affaire avec le client à ces conditions, il ne peut pas par la suite, en cas de sinistre non couvert, ignorer la responsabilité qu'il a acceptée. [Je souligne.]

Ainsi, l'agent aurait rempli son obligation dans l'affaire *Fine's Flowers* s'il avait informé la demanderesse que certains types de sinistres n'étaient pas couverts par la police qu'il avait préparée et s'il avait conseillé à la demanderesse de souscrire une protection supplémentaire pour les pompes, si elle voulait vraiment une «protection complète». Le juge en chef Estey (plus tard juge de

ard for determining the agent's liability in negligence as follows at p. 533:

It was the duty of the defendant agent to either procure such [requested] coverage, or draw to the attention of the plaintiff his failure or inability to do so and the consequent gap in coverage. Having done neither, the defendant agent is liable in negligence, . . .

In my view, *Fine's Flowers* stands for the proposition that private insurance agents owe a duty to their customers to provide not only information about available coverage, but also advice about which forms of coverage they require in order to meet their needs. I note that Professor Snow has summarized the effect of *Fine's Flowers* in "Liability of Insurance Agents for Failure to Obtain Effective Coverage: *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.*" (1979), 9 *Man. L.J.* 165, in the following terms, at p. 169:

The implication of this case and many others like it in recent years seems clear. Consumers who place their faith in insurance agents holding themselves out as competent and find their faith misplaced, will frequently be able to find recourse against the agent. . . . [T]he extent of the duty owed by an insurance agent, both in placing insurance and in indicating to the insured which risks are covered and which are not, as set out in this case, is a fairly stringent one for the agent. Moreover, given the general situation of the principal relying very heavily on the expertise of the agent, it does not seem to be an unreasonable burden for an insurance agent to bear. [Emphasis added.]

The duty of care owed by an insurance agent was further elaborated in *G.K.N. Keller Canada Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co.* (1983), 1 C.C.L.I. 34 (Ont. H.C.) (conf. on appeal (1984), 4 C.C.L.I. xxxvii (Ont. C.A.)). It was held in that case that where the customer adequately describes the nature of his or her business to the agent, the onus is then on the agent to review the insurance needs of the customer and provide the full coverage requested. Should an uninsured loss occur, the agent will be liable unless he or she has pointed out the gaps in coverage to the customer and advised him or her how to protect against those gaps.

notre Cour) a souligné que l'agent avait l'obligation positive de mettre en garde son client. Voici comment il énonce le critère applicable à la détermination de la responsabilité de l'agent pour négligence, à la p. 533:

[TRADUCTION] L'agent défendeur avait l'obligation, soit de procurer cette protection [demandée], soit d'informer la demanderesse de son omission ou de son incapacité de le faire et de la lacune qui s'ensuivait dans la couverture. Comme il n'a fait ni l'une ni l'autre de ces choses, l'agent défendeur est responsable pour négligence . . .

À mon avis, l'arrêt *Fine's Flowers* permet d'affirmer que les agents d'assurances privés ont envers leurs clients l'obligation de fournir non seulement des renseignements sur la couverture disponible, mais encore des conseils sur les formes de protection dont ils ont besoin. Je remarque que, dans «Liability of Insurance Agents for Failure to Obtain Effective Coverage: *Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.*» (1979), 9 *Man. L.J.* 165, le professeur Snow résume ainsi l'incidence de l'arrêt *Fine's Flowers*, à la p. 169:

[TRADUCTION] L'incidence de cet arrêt et de bien d'autres décisions semblables rendues au cours des dernières années semble claire. Les consommateurs qui font confiance aux agents d'assurances soi-disant compétents, et qui voient leur confiance trahie, pourront souvent se pourvoir contre leur agent. . . . [L]'obligation de l'agent d'assurances, telle qu'énoncée en l'espèce, pour ce qui est de négocier une assurance et d'indiquer à l'assuré les risques couverts et ceux qui ne le sont pas est assez stricte. De surcroît, étant donné qu'en général le commettant se fie énormément à la compétence de l'agent, il ne semble pas déraisonnable d'imposer cette obligation à un agent d'assurances. [Je souligne.]

Dans l'affaire *G.K.N. Keller Canada Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co.* (1983), 1 C.C.L.I. 34 (H.C. Ont.) (conf. en appel (1984), 4 C.C.L.I. xxxvii (C.A. Ont.)), la cour a explicité davantage la nature de l'obligation de diligence de l'agent d'assurances. Elle y a décidé que, si le client décrit adéquatement à l'agent la nature de ses activités, ce dernier a alors l'obligation d'étudier les besoins en assurances du client et de lui fournir la protection complète demandée. Si un sinistre non assuré survient, l'agent est responsable à moins qu'il n'ait signalé à son client les lacunes dans la couverture et qu'il ne l'ait conseillé sur la façon de combler ces lacunes.

It is clear that within the insurance industry, as also within the courts, private insurance agents and brokers are viewed as more than mere salespeople. The Continuing Legal Education Society of British Columbia's 1985 Seminar on Insurance Law focused on the services they provide, (at p. 6.1.03):

The services of a competent agent or broker will include, in addition to advice on insurance, and the brokering or placing of insurance on behalf of the client, an active interest and involvement in loss prevention and a claims supervisory service to assist your client in the satisfactory settlement of the claims.

In my view, it is entirely appropriate to hold private insurance agents and brokers to a stringent duty to provide both information and advice to their customers. They are, after all, licensed professionals who specialize in helping clients with risk assessment and in tailoring insurance policies to fit the particular needs of their customers. Their service is highly personalized, concentrating on the specific circumstances of each client. Subtle differences in the forms of coverage available are frequently difficult for the average person to understand. Agents and brokers are trained to understand these differences and to provide individualized insurance advice. It is both reasonable and appropriate to impose upon them a duty not only to convey information but also to provide counsel and advice.

(ii) The duty on public insurers

What then is the scope of MPIC's duty? Is it, as the appellant submits, as onerous as that imposed on private agents and brokers? I think not. I think it is a duty to inform customers of the available range of coverage. Given that automobile accidents often produce tragic consequences that may be irreversible and virtually incapable of compensation in monetary terms, customers must have all the information they need in order to make an informed choice about the level of coverage appropriate for them. Where an additional optional form of coverage such as UMC is offered precisely because it is foreseeable to the insurer that there

Il est évident, tant dans le milieu des assurances que devant les tribunaux, que l'on considère que les agents et courtiers d'assurances sont plus que de simples vendeurs. Les actes du colloque de 1985 sur le droit des assurances tenu par la Continuing Legal Education Society de la Colombie-Britannique mettent l'accent sur les services qu'ils fournissent (à la p. 6.1.03):

[TRADUCTION] Les services d'un agent ou d'un courtier compétent incluent, outre les conseils sur les assurances et le courtage ou la négociation de polices pour le compte du client, un intérêt et une participation concrets dans la prévention des sinistres, ainsi qu'un contrôle des demandes de règlement destiné à aider le client à obtenir un règlement satisfaisant.

Il est tout à fait légitime, à mon sens, d'imposer aux agents et aux courtiers d'assurances privés une obligation stricte de fournir à leurs clients des renseignements et des conseils. Ils sont, après tout, des professionnels agréés qui se sont spécialisés dans l'évaluation des risques au profit des clients et dans la négociation de polices personnalisées. Ils offrent un service très personnalisé, axé sur les besoins de chaque client. La personne ordinaire a souvent de la difficulté à comprendre les différences subtiles entre les diverses protections offertes. Les agents et les courtiers ont reçu une formation qui les rend aptes à saisir ces différences et à fournir des conseils adaptés à la situation de chaque individu. Il est à la fois raisonnable et opportun de leur imposer l'obligation non seulement de fournir des renseignements mais encore de conseiller les clients.

(ii) L'obligation des assureurs publics

Quelle est alors l'étendue de l'obligation de la Société? Est-elle, comme le soutient l'appelant, aussi rigoureuse que celle imposée aux agents et courtiers privés? Je ne le crois pas. Je pense que l'on se doit d'informer les clients de l'éventail des protections disponibles. Étant donné que les accidents d'automobiles entraînent souvent des conséquences tragiques, qui peuvent être irréversibles et qu'il est pratiquement impossible de réparer par une indemnité, les clients doivent disposer de tous les renseignements dont ils ont besoin pour faire un choix éclairé quant à la protection qui leur convient. Si une forme de protection facultative sup-

may be instances where the standard coverage is inadequate, it is right and proper that the insurer be under a duty to make the existence of such optional coverage known to the customer. Selling insurance is not, as the respondent suggests, like selling groceries, and the law should not treat them alike. The purchase of insurance is predicated on decisions made about assessing and bearing risks. Members of the public need to have all relevant information available to them in an explicit and readily comprehensible manner if they are to make intelligent decisions about how much risk they are prepared to bear. The public insurer has the responsibility of seeing to it that that information is provided to them in a reasonably intelligible fashion.

By the same token, however, there are a number of reasons why the public insurer's duty is less onerous than that of the private agent or broker. The institutional setting in which the public insurance is sold affords considerably less scope for privacy and individualized attention than that provided by a private agency. As the trial judge noted, an MPIC employee may serve as many as 60 people a day. Further, the employees who serve the customers do not hold themselves out as specialists in risk assessment and insurance advice. The service they provide is more sales and clerical than that provided by an insurance agent. Indeed, I note that the employees of MPIC are specifically exempted from the requirement set out in the *Insurance Act*, R.S.M. 1987, c. I40, that persons selling insurance be qualified and licensed as agents. This is not to say that the average customer should be taken to know about this statutory exemption. But one must nonetheless be sensitive to the role that the legislature envisaged that MPIC's salespeople would play. In my opinion, MPIC's employees were not intended to sit down with their customers and inquire into their person-

plémentaire comme la P.A.I.A. est offerte, précisément parce qu'aux yeux de l'assureur il pourra arriver que la protection ordinaire soit insuffisante, il est juste et légitime que l'assureur ait l'obligation de faire connaître l'existence de cette protection facultative au client. Faire souscrire de l'assurance, contrairement à ce qu'affirme l'intimée, n'est pas une activité assimilable au commerce d'épicerie, et ces deux activités doivent être assujetties à des règles juridiques distinctes. Contracter une assurance, c'est évaluer des risques et décider lesquels supporter soi-même. Toute l'information utile dont les gens ont besoin pour être en mesure de décider judicieusement quels risques ils sont prêts à supporter doit leur être transmise d'une manière explicite et facilement compréhensible. Il incombe à l'assureur public de veiller à ce que cette information leur soit fournie d'une manière raisonnablement intelligible.

Ajoutons cependant que l'obligation de l'assureur public est moins rigoureuse que celle de l'agent ou du courtier privé pour un certain nombre de motifs. En raison du cadre institutionnel dans lequel il fonctionne, l'assureur public offre un service beaucoup moins discret et personnalisé que celui offert par un agent privé. Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, l'employé de la Société peut servir plus de 60 personnes par jour. En outre, les employés qui s'occupent des clients ne se présentent pas comme des spécialistes de l'évaluation des risques et des conseils en matière d'assurance. À la différence des agents d'assurances, c'est davantage à titre de vendeurs et d'employés de bureau qu'ils remplissent leur fonction. Je remarque en effet que les employés de la Société sont explicitement soustraits à l'exigence, énoncée dans la *Loi sur les assurances*, L.R.M. 1987, ch. I40, que les personnes qui font souscrire de l'assurance soient qualifiées et détiennent une licence d'agent d'assurances. Cela ne revient pas à dire que l'on doit considérer que le client ordinaire connaît cette exemption légale. Il faut néanmoins tenir compte du rôle que le législateur entendait confier aux vendeurs et vendeuses de la Société. À mon avis, on n'a pas voulu que les employés de la Société s'assoient avec leurs clients et leur posent des questions sur leur vie personnelle et familiale et

al, family and business affairs so as to provide individualized insurance advice.

The respondent submitted that, since MPIC is a public body, it should be granted the immunity traditionally accorded to public authorities from actions based on an authority's failure to act. The respondent states that the rationale behind this rule is that to expose public authorities to liability in these circumstances would "result in great hardship" and seriously impede their efforts to fulfil their administrative functions. On this reasoning, no positive duty to inform customers about coverage options should be imposed on the public insurer because it would be "overly onerous and therefore unreasonable" for MPIC to warn the hundreds of thousands of drivers in the province of Manitoba that for certain accidents their coverage might be inadequate. In my view this submission is without merit. The options that are available are simple and straightforward. It is not asking too much of the employee to have him or her tell the customer that they exist. I agree with Blair J.A. who stated:

Autopac's duty was limited to ensuring that the necessary information, upon which applicants could make their decisions, was placed before them. The duty did not extend to advising or persuading them to take the optional coverage nor did Fletcher's counsel contend that it did.

(B) Contract

It was argued at trial that MPIC was under a contractual duty to provide the appellants with timely and accurate information about the additional forms of coverage that were available. The learned trial judge stated at p. 638: "When Mr. Fletcher dealt with M.P.I.C. he had a contractual right, as does anyone contracting for service, to rely on the offerer to advise him of the range of coverage offered. The duty is not only a contractual duty but sounds in negligence."

Since I have concluded that public insurers such as MPIC have a duty in tort to inform their

sur leurs affaires, de manière à leur donner des conseils personnalisés en matière d'assurance.

L'intimée a soutenu que, puisque la Société était un organisme public, elle avait droit à l'immunité traditionnellement accordée aux pouvoirs publics contre les actions fondées sur leur omission d'agir. Elle affirme que le raisonnement qui sous-tend cette règle est qu'exposer les pouvoirs publics à la responsabilité en pareil cas leur [TRADUCTION] «impose[rait] une charge excessive» et les empêcherait sérieusement de remplir leurs fonctions administratives. Suivant ce raisonnement, aucune obligation positive de renseigner les clients sur les protections facultatives ne doit être imposée à l'assureur public parce qu'il serait [TRADUCTION] «trop onéreux et donc déraisonnable» d'exiger que la Société prévienne les centaines de milliers de conducteurs au Manitoba qu'il se peut que leur couverture soit insuffisante dans le cas de certains accidents. Cet argument n'est pas fondé selon moi. Les protections facultatives disponibles sont simples. Ce n'est pas trop exiger de l'employé que de le charger d'informer le client de leur existence. Je partage l'avis du juge Blair, qui dit:

[TRADUCTION] L'obligation de l'Autopac ne consistait qu'à s'assurer que les requérants reçoivent les renseignements nécessaires pour prendre une décision. Elle ne comportait pas l'obligation de les conseiller ni de les persuader de souscrire la protection facultative; l'avocat de M. Fletcher n'a d'ailleurs pas prétendu que telle était son obligation.

(B) Obligation contractuelle

On a fait valoir, au procès, que la Société avait l'obligation contractuelle de fournir aux appelants des renseignements opportuns et exacts au sujet des autres protections qu'ils pouvaient souscrire. Le juge de première instance a dit, à la p. 638: [TRADUCTION] «Lorsque M. Fletcher s'est adressé à la Société, il avait le droit, en matière contractuelle, comme toute personne qui signe un contrat en vue d'obtenir un service, de se fier à ce que l'offrant l'informerait de toute la gamme de couvertures disponibles. Mais cette obligation n'était pas seulement contractuelle; elle engageait également la responsabilité pour négligence».

Puisque j'ai conclu que des assureurs publics comme la Société ont l'obligation, sous peine d'en-

customers of the additional forms of coverage available to them, it is not strictly necessary for the disposition of this appeal to determine whether such a duty can also be grounded in contract.

The appellants did not develop a detailed contractual analysis before this Court. They relied on the decision in *Fine's Flowers, supra*, to support their contention that MPIC owed them a duty in both tort and contract. I note, however, that in that case there was an ongoing contractual agreement binding on the broker that required him to keep the plaintiff covered for all foreseeable, insurable and normal risks associated with its horticultural business. While there may be an argument that would support a finding of contractual duty in the circumstances of the present case, the decision in *Fine's Flowers* is clearly distinguishable.

I note that Blair J.A. suggested that a contractual analysis rooted in the doctrine of reasonable expectations might be persuasive but did not think it necessary to reach a conclusion on this aspect of the case. Since this Court has not had the benefit of counsel's submissions on this point, I agree that the question of whether public insurers owe a duty in contract is best left for another day.

3. *If such an insurer has such a duty, did it fulfil it in this case?*

Having concluded on the basis of the above analysis that public insurers are under a duty to inform their customers of the full range of coverage available to them, did MPIC fulfil its duty in this case?

The trial judge made two significant findings. He found first that MPIC had made minimal efforts to inform the Manitoba public generally about the availability of UMC. He found second that it had not made sufficient efforts to inform the appellants of the existence and availability of

gager leur responsabilité délictuelle, de renseigner leurs clients sur les formes de protection supplémentaires qu'ils peuvent souscrire, il n'est pas à proprement parler nécessaire, pour statuer sur ce pourvoi, de décider si cette obligation existe aussi en vertu d'un contrat.

Les appelants n'ont pas procédé devant notre Cour à une analyse détaillée de l'application du droit des contrats. Ils ont cité la décision *Fine's Flowers*, précitée, pour étayer leur argument selon lequel la Société avait envers eux une obligation en vertu tant des règles de la responsabilité civile délictuelle que de celles du droit des contrats. Je remarque toutefois que, dans cette affaire, le courtier était obligé, aux termes d'une entente contractuelle en vigueur, de continuer d'assurer la demanderesse contre tous les risques prévisibles, assurables et normaux, liés à l'horticulture commerciale. Certes, on pourrait soutenir qu'une obligation contractuelle existait en l'espèce, mais la décision rendue dans *Fine's Flowers* vise à l'évidence une toute autre situation.

Je souligne que le juge Blair a laissé entendre qu'une analyse de l'application du droit des contrats fondée sur la théorie des attentes raisonnables pourrait être convaincante, mais il n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur cet aspect de l'affaire. Comme notre Cour n'a pas eu l'avantage d'entendre l'argumentation des avocats sur ce point, je suis d'accord qu'il vaut mieux attendre une autre occasion pour trancher la question de savoir si les assureurs publics ont une obligation contractuelle.

3. *Si cet assureur a une telle obligation, l'a-t-il remplie en l'espèce?*

Mon analyse m'a amenée à conclure que les assureurs publics ont l'obligation d'informer leurs clients de l'éventail complet des protections offertes. En l'occurrence, la Société a-t-elle rempli son obligation?

Le juge de première instance a tiré deux conclusions importantes. Premièrement, il a conclu que la Société avait fait très peu d'efforts pour informer le grand public manitobain de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. Deuxièmement, il a conclu qu'elle n'avait pas fait d'efforts suffisants pour

UMC. A majority of the Court of Appeal held that MPIC's efforts were sufficient to discharge the duty they owed to the appellants.

With respect to informing the public at large, McKeown J. had the benefit of extensive testimony at trial about the comparative success of various public insurance companies' information campaigns about underinsured motorist insurance. In particular, the effort to educate the public in Manitoba was contrasted with that in British Columbia, a matter that had come under scrutiny in *Sjodin v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1987] I.L.R. 8319. The trial judge found that MPIC had not set up a public education program similar to the one established by the Insurance Corporation of British Columbia (I.C.B.C.). No large scale advertising campaign was launched in Manitoba to explain the new UMC option which became available for the first time in Manitoba in March of 1982. Furthermore, MPIC's employees did not ask customers as a matter of course whether they wanted UMC. The trial judge noted that the extensive public education program had been successful in B.C. as evidenced by the relatively high acceptance rate (97 per cent of eligible B.C. drivers purchased it) compared to Manitoba. In *Sjodin* this evidence was viewed as crucial to the court's finding that I.C.B.C. had not failed in its duty to inform the plaintiff.

The trial judge also found that MPIC's efforts to inform Mr. Fletcher were inadequate. The evidence at trial shows (at p. 632) that when Mr. Fletcher initially went to the offices in Winnipeg in September of 1982, he explained to the agent who served him that he was a new resident of Manitoba and that in order to ensure "additional safety for both him and his wife" he wanted to purchase "the maximum coverage". The respondent's employee, a Mr. Lanthier, offered him addi-

informer les appelants de l'existence de la P.A.I.A. et de la possibilité de la souscrire. La Cour d'appel à la majorité a décidé que la Société avait fait des efforts suffisants pour s'acquitter de son obligation envers les appelants.

Pour ce qui est d'informer le grand public, le juge McKeown a eu l'avantage d'entendre des témoignages circonstanciés concernant le succès relatif de diverses campagnes entreprises par des assureurs publics pour faire connaître la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés. En particulier, la tentative d'informer le public au Manitoba a été mise en parallèle avec celle constatée en Colombie-Britannique, ce qui avait fait l'objet d'un examen dans l'affaire *Sjodin v. Insurance Corporation of British Columbia*, [1987] I.L.R. 8319. Le juge de première instance a décidé que la Société n'avait pas instauré de programme d'information publique semblable à celui qu'avait établi l'Insurance Corporation of British Columbia (I.C.B.C.). Aucune campagne de publicité à grande échelle n'a été mise en œuvre au Manitoba en vue d'expliquer le nouveau régime facultatif de la P.A.I.A. que pouvaient souscrire les conducteurs à compter du mois de mars 1982. Au surplus, les employés de la Société ne demandaient pas automatiquement aux clients s'ils voulaient souscrire la P.A.I.A. Le juge de première instance a fait observer que l'important programme d'information publique avait été couronné de succès en Colombie-Britannique, comme en témoigne le taux assez élevé d'adhésion (97 p. 100 des conducteurs admissibles dans cette province l'ont souscrite) comparativement à celui noté au Manitoba. Dans l'affaire *Sjodin*, cet élément de preuve a été jugé crucial par la cour qui a conclu que l'I.C.B.C. n'avait pas manqué à son obligation d'informer le demandeur.

Le juge de première instance a également conclu que la Société n'avait pas fait d'efforts suffisants pour informer M. Fletcher. Les témoignages entendus au procès montrent (à la p. 632) que, lorsque M. Fletcher s'est présenté pour la première fois au bureau de Winnipeg, en septembre 1982, il a expliqué à l'agent qui s'est occupé de lui qu'il s'était installé récemment au Manitoba et qu'afin d'obtenir [TRADUCTION] «plus de protection pour lui et sa femme», il voulait souscrire «la protection

tional P.L./P.D. coverage, and he purchased the maximum amount available, \$2,000,000. But at no time was he informed of the existence, cost or purpose of UMC. As noted, the trial judge found as a fact that if Fletcher had been told about UMC, he would have purchased it, since it was relatively inexpensive and since he had done so with his previous insurer in Ontario. On the subsequent renewal certificates sent to him in 1983 there was a separate box for UMC in which was marked "NOT APPLIC." That made good sense to Fletcher since he had purchased and was paying for "the maximum coverage" available.

McKeown J. was of the view that these forms only compounded the wrong caused by the initial omission to tell customers about UMC. Their effect was to mislead Fletcher. Here was someone who had explicitly requested the maximum available coverage and whose (mistaken) belief that he was insured against all insurable risks was subsequently confirmed by the renewal form which appeared to indicate that he had no need of UMC. MPIC's general duty is to inform the public about the UMC option. Its specific duty when faced with a client like Fletcher who explicitly requests maximum coverage is either to provide the coverage requested or, if it is not providing it, to inform him clearly and unequivocally that he does not have the maximum and that there is a gap in his coverage. The trial judge concluded that absent such unequivocal notice from MPIC Fletcher's honest interpretation of the renewal form was reasonable.

The crucial point of difference between the trial judge's conclusion and that reached by the Court of Appeal concerned the flyer that was mailed out with Mr. Fletcher's renewal form in which brief mention was made of the existence of UMC. The passage pertaining to UMC consisted of nine lines

maximale». L'employé de l'intimée, un nommé Lanthier, lui a offert le supplément R.E.T.-D.M. et l'appelant a souscrit l'assurance comportant la limite de responsabilité maximum, soit 2 000 000 \$. Mais il n'a jamais été informé de l'existence, du coût ou de l'objet de la P.A.I.A. Comme je l'ai déjà souligné, le juge de première instance a conclu que, si M. Fletcher avait appris l'existence de la P.A.I.A., il l'aurait souscrite puisque la prime était relativement peu élevée et qu'il l'avait fait auprès de son ex-assureur en Ontario. Les certificats de renouvellement qu'il a reçus plus tard, en 1983, comportaient une case distincte pour la P.A.I.A., dans laquelle étaient inscrits les mots [TRADUCTION] «SANS OBJET». Monsieur Fletcher a estimé que c'était logique car il avait souscrit «la protection maximale» et payé la prime en conséquence.

Le juge McKeown a considéré que ces formulaires n'avaient fait qu'aggraver le préjudice causé par l'omission initiale de renseigner les clients sur la P.A.I.A. Ils ont eu pour effet d'induire M. Fletcher en erreur. Voilà quelqu'un qui avait expressément demandé la couverture maximale et dont la conviction (erronée) qu'il était assuré contre tous les risques assurables a été renforcée ultérieurement par le formulaire de renouvellement qui semblait indiquer qu'il n'avait pas besoin de la P.A.I.A. La Société a l'obligation générale d'informer le public de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. Envers un client comme M. Fletcher qui demande expressément la protection maximale, elle a l'obligation précise de lui fournir la protection demandée ou, si elle ne la lui fournit pas, de l'informer nettement et clairement qu'il ne bénéficie pas de la protection maximale et que sa couverture est incomplète. Le juge de première instance a conclu qu'à défaut d'un tel avis sans équivoque de la part de la Société, l'interprétation que M. Fletcher a donnée de bonne foi au formulaire de renouvellement était raisonnable.

La divergence cruciale entre la conclusion du juge de première instance et celle de la Cour d'appel porte sur le prospectus joint au formulaire de renouvellement adressé à M. Fletcher, qui mentionnait brièvement l'existence de la P.A.I.A. Le passage relatif à la P.A.I.A. comportait neuf lignes

of small print in the space of one inch at the very bottom of the left hand column of the one-page flyer. The trial judge found that the flyer was misleading when read together with Mr. Fletcher's renewal form. He accepted that the appellant, had he read the flyer, would reasonably have understood it to mean that UMC was not applicable to him since he had already obtained what he thought was the maximum coverage. He concluded that the appellant had been misled.

The majority of the Court of Appeal did not think that the combination of the renewal form and the flyer was misleading and therefore held that MPIC had fulfilled its duty to inform Fletcher. Morden J.A. reached this conclusion with virtually no consideration of the box in the renewal marked "NOT APPLIC." In his view, the flyer alone was sufficiently clear to have removed any doubts that Fletcher might have had about UMC. Finlayson J.A. also found the flyer to be straightforward but went on to assess the effect of the renewal form. He said at p. 199:

To compound matters, when he made the crucial renewal application, he took no exception to the fact that the box opposite "underinsured motorist protection" was marked "not applic.". The trial judge interpreted Fletcher's evidence that this meant "not applicable to him" in the sense that "this coverage is not available". However, we must look at it from M.P.I.C.'s point of view as well. Fletcher had not purchased this coverage previously and so, when M.P.I.C. calculated his insurance premium, this cost was not included.

In my opinion, the application for renewal, particularly when read with the enclosed flyer, was not ambiguous. It was very clear.

I note that the appellants did not argue that the flyer, standing alone, was unclear or ambiguous in its description of UMC. Their submission was that the renewal form when read with the flyer was ambiguous and misleading or at least was not sufficiently clear and unequivocal to "cure" MPIC's antecedent omission to inform Fletcher of

en petits caractères occupant un espace d'un pouce à la fin de la colonne gauche du prospectus d'une page. Le juge de première instance a estimé que le prospectus était trompeur si on le rapprochait du formulaire de renouvellement de M. Fletcher. Il a été d'avis que l'appelant, s'il avait lu le prospectus, aurait raisonnablement compris que la P.A.I.A. ne s'appliquait pas à lui puisqu'il avait déjà souscrit ce qu'il croyait être la protection maximale. Il en a conclu que l'appelant avait été induit en erreur.

La Cour d'appel à la majorité n'a pas cru que la combinaison du formulaire de renouvellement et du prospectus était de nature à induire le client en erreur et elle a donc conclu que la Société s'était acquittée de son obligation d'informer M. Fletcher. Le juge Morden a tiré cette conclusion sans pratiquement tenir compte de la case du formulaire portant les mots [TRADUCTION] «SANS OBJET». À son avis, le prospectus était assez clair en soi pour dissiper tout doute que M. Fletcher aurait pu avoir au sujet de la P.A.I.A. Le juge Finlayson a également estimé que le prospectus était simple, mais il a étudié l'effet du formulaire de renouvellement, à la p. 199:

[TRADUCTION] Ce qui complique l'affaire, c'est qu'au moment de remplir la demande de renouvellement en cause, il n'a pas trouvé à redire au fait que dans la case vis-à-vis de la rubrique «protection contre les automobilistes insuffisamment assurés», les mots «sans objet» avaient été inscrits. Le juge de première instance a interprété le témoignage de M. Fletcher selon lequel cela «ne s'appliqu[ait] pas à lui», comme signifiant que «cette protection n'[était] pas disponible». Toutefois, nous devons l'examiner aussi du point de vue de la Société. Monsieur Fletcher n'avait jamais souscrit cette protection auparavant. Alors, quand la Société a calculé sa prime, elle n'en a pas inclus le coût.

À mon avis, la demande de renouvellement, surtout si on la rapproche du prospectus l'accompagnant, n'était pas ambiguë. Elle était très claire.

Je remarque que les appelants n'ont pas soutenu que le prospectus, en soi, donnait une description obscure et ambiguë de la P.A.I.A. Ils ont affirmé que c'était, lorsqu'il était lu conjointement avec le prospectus, que le formulaire de renouvellement devenait ambigu et trompeur ou du moins pas assez clair et net pour «remédier» à l'omission

the availability of UMC when he first purchased his Autopac policy.

The insurer's duty is to provide sufficient timely, clear and accurate information to its customers about the various options so that they can make informed choices about what level of risk beyond that required by law they want to insure themselves against. At issue in this appeal, then, is the question whether MPIC's communication was clear enough.

In cases where wording in an insurance contract is unclear or ambiguous Canadian and English courts have consistently applied the *contra proferentem* rule of construction: see, for example, *Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service*, [1954] S.C.R. 169, *per* Estey J. at pp. 179-80. In *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, Estey J. explained the rule at p. 899:

Insurance contracts and the interpretative difficulties arising therein have been before courts for at least two centuries, and it is trite to say that where an ambiguity is found to exist in the terminology employed in the contract, such terminology shall be construed against the insurance carrier as being the author, or at least the party in control of the contents of the contract.

Professors Brown and Menezes state at p. 138 of *Insurance Law in Canada* (1982) that the "basis for the rule is that the burden of an irreducible ambiguity should fall on the drafter."

In *Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 S.C.R. 1445, La Forest J. approved of the approach to the interpretation of insurance contracts set out in *Consolidated-Bathurst* and stressed that the words employed should be given their ordinary meaning, "such as the average policy holder of ordinary intelligence, as well as the insurer, would attach to [them]" (at p. 1455). He continued at pp. 1458-59:

Policies of insurance are prepared by the insurers and in doing so they not unnaturally are minded to protect their own interests. To avoid the consequent injustices

antérieure de la Société d'informer M. Fletcher de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. lorsqu'il a contracté sa première police Autopac.

L'obligation de l'assureur est de fournir à ses clients des renseignements suffisamment opportuns, clairs et exacts au sujet des diverses protections facultatives disponibles pour qu'ils puissent faire des choix éclairés quant aux risques contre lesquels ils veulent s'assurer, en plus de ceux contre lesquels la loi les oblige à le faire. Il s'agit donc, dans ce pourvoi, de décider si le message de la Société a été suffisamment clair.

Lorsque le texte d'un contrat d'assurance était obscur ou ambigu, les tribunaux canadiens et anglais ont constamment appliqué la règle d'interprétation *contra proferentem*: voir, par exemple, *Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service*, [1954] R.C.S. 169, le juge Estey, aux pp. 179 et 180. Dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, le juge Estey explique cette règle, à la p. 899:

Les contrats d'assurance et les difficultés d'interprétation qu'ils posent ont été examinés par les cours depuis au moins deux siècles, et c'est un truisme de dire que lorsque l'on conclut que le texte du contrat est ambigu, il doit être interprété contre l'assureur qui est l'auteur, ou du moins la partie qui a la haute main sur le contenu du contrat.

Les professeurs Brown et Menezes affirment, à la p. 138 de leur ouvrage intitulé *Insurance Law in Canada* (1982), que le [TRADUCTION] «principe à la base de la règle est la volonté de faire porter à l'auteur du texte la responsabilité des ambiguïtés irrémédiables».

Dans *Scott c. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1989] 1 R.C.S. 1445, le juge La Forest approuve la façon d'aborder l'interprétation des contrats d'assurance énoncée dans l'arrêt *Consolidated Bathurst* et souligne qu'il faut donner aux termes employés leur sens usuel, «savoir celui que lui donneraient tant l'assureur que le titulaire de police ordinaire doué d'une intelligence normale» (à la p. 1455). Puis il ajoute, aux pp. 1458 et 1459:

Ce sont les assureurs qui préparent les polices d'assurance et il est tout naturel que, ce faisant, ils tendent à protéger leurs propres intérêts. Pour éviter les injustices

that may ensue to an insured, courts have long insisted that any ambiguity be resolved in favour of the insured.

Given the rationale that underlies the doctrine of *contra proferentem*, it is just as appropriate to apply it to the renewal form sent to the holder of the insurance policy as to the contract itself. The renewal form is an integral part of the process of buying insurance coverage and is the one document most likely to be read by the insured. If it contains words or terms which, when given their ordinary meaning, still produce ambiguity in the mind of the policyholder, that ambiguity must be resolved in favour of the policyholder.

In my view, MPIC's communication was insufficiently clear to discharge its duty of care. Its initial failure to inform Fletcher of the availability of UMC is conduct that clearly falls below the standard of care that MPIC owed to its customers. MPIC contends that since no harm had yet occurred it was able to "cure" this omission after the fact by means of a written notice to the appellants. But since MPIC chose to communicate by mail it was incumbent upon it to make sure the written materials it sent out were cast in the clearest of terms. All manner of customers would have received the renewal form and flyer, some more conversant in insurance than Mr. Fletcher and some less. The flyer contained nothing in particular to draw the attention of the average customer to the small print that mentioned the UMC option and these few lines simply did not convey with sufficient clarity or seriousness the availability, importance and relatively low cost of UMC. The renewal form that Mr. Fletcher received was ambiguous as regards UMC. In my opinion, the words "NOT APPLIC." are very confusing in the context in which they appear. I agree with the appellants that something like "NOT COVERED" would have been a much more appropriate way of making clear that this form of coverage was available to them and that

pouvant en résulter pour un assuré, les tribunaux maintiennent depuis longtemps que toute ambiguïté doit être résolue en faveur de ce dernier.

^a Étant donné la raison d'être de la théorie *contra proferentem*, il est tout aussi légitime de l'appliquer au formulaire de renouvellement envoyé au titulaire de la police d'assurance, qu'au contrat lui-même. Ce formulaire fait partie intégrante du processus de souscription de l'assurance; c'est le document que l'assuré est le plus susceptible de lire. S'il contient des termes qui, même pris dans leur sens usuel, restent ambigus pour le titulaire de la police, cette ambiguïté doit être résolue en faveur de ce dernier.

^a À mon sens, le message de la Société n'était pas assez clair pour la décharger de son obligation de diligence. L'omission initiale de la Société d'informer M. Fletcher de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. est nettement une conduite qui ne satisfait pas à la norme de diligence à laquelle elle était tenue envers ses clients. Selon l'argument de la Société, puisqu'aucun préjudice n'avait encore été causé, elle pouvait «remédier» à cette omission, après coup, en adressant une note aux appelants. Mais comme la Société a choisi de communiquer avec eux par la poste, il lui incombait de s'assurer que le texte des documents envoyés était le plus clair possible. Toutes sortes de clients ont dû recevoir le formulaire de renouvellement et le prospectus, certains qui s'y connaissaient mieux que M. Fletcher en assurances, d'autres qui s'y connaissent moins. Le prospectus ne contenait rien de susceptible d'attirer l'attention du client ordinaire sur le texte en petits caractères qui parlait de la P.A.I.A. et ces quelques lignes ne faisaient tout simplement pas ressortir assez clairement ou sérieusement la possibilité de souscrire la P.A.I.A. ainsi que son importance et son coût relativement peu élevé. Le formulaire de renouvellement qu'a reçu M. Fletcher était ambigu en ce qui a trait à la P.A.I.A. À mon avis, les mots [TRADUCTION] «SANS OBJET» sont très déroutants dans le contexte où ils sont employés. Je suis d'accord avec les appelants qu'il aurait été beaucoup plus juste d'utiliser d'autres termes comme [TRADUCTION] «NON COUVERT» pour leur dire clairement qu'ils pouvaient souscrire cette protection mais

they did not have it. The ambiguity must be resolved in favour of the appellants.

Since Mr. Fletcher went to the MPIC offices to pay for his renewal in person, it is possible that MPIC could have "cured" its initial omission to inform him about UMC at that time. However, the trial judge found that he was not told about UMC on that occasion either. There was a single poster placed at the end of a long busy counter advertising the availability of UMC. McKeown J. found that it was unlikely that Fletcher would have seen it and accepted his evidence that he did not see it. I see no reason to disturb these findings of the trial judge. These half-measures were plainly inadequate to fulfil the duty that MPIC owed to the appellants.

I conclude therefore that MPIC failed in its duty to the appellants. MPIC's acts or omissions deprived Mr. Fletcher of the relevant information initially and, given that he was subsequently misled by the renewal form and flyer, he was never in a position to make an informed choice about this optional coverage.

4. *If the insurer did not fulfil its duty, is it liable for the appellants' loss?*

The respondent submits that even if it had provided more information in its flyer, Mr. Fletcher would not have purchased UMC since he failed to read the flyer. Therefore, MPIC argues that it should not be held liable for the appellants' loss since its acts or omissions did not cause that loss. Mr. Fletcher was the author of his own misfortune.

This argument is without merit. The finding that MPIC did not discharge its duty to inform the appellants does not hinge solely on the adequacy or inadequacy of the flyer. Rather, it rests on the combined effect of MPIC's initial omission to tell Mr. Fletcher about UMC when he first bought his coverage, the misleading renewal form and flyer, and MPIC's failure to mention UMC when he paid for his renewal in person. Faced with this

qu'ils ne l'avaient pas fait. L'ambiguïté doit être résolue en faveur des appelants.

Puisque M. Fletcher s'est rendu aux bureaux de la Société pour payer son renouvellement en personne, la Société aurait pu alors «remédier» à son omission initiale de le renseigner sur la P.A.I.A. Le juge de première instance a toutefois conclu qu'on ne lui avait pas parlé de la P.A.I.A. à ce moment-là non plus. Une simple affiche placée au bout d'un long comptoir où l'affluence était grande informait le public de la possibilité de souscrire la P.A.I.A. Le juge McKeown a décidé qu'il était peu probable que M. Fletcher l'ait vue et il a accepté son témoignage selon lequel il ne l'avait pas vue. Je ne vois aucune raison de modifier ces conclusions du juge de première instance. Ces demi-mesures étaient nettement insuffisantes pour décharger la Société de son obligation envers les appelants.

Je conclus donc que la Société a manqué à son obligation envers les appelants. Les actions et les omissions de la Société ont d'abord privé M. Fletcher des renseignements utiles et, comme il a été par la suite induit en erreur par le formulaire de renouvellement et le prospectus, il n'a jamais été en mesure de faire un choix éclairé quant à cette protection facultative.

4. *Si l'assureur n'a pas rempli son obligation, est-il responsable de la perte subie par les appelants?*

L'intimée soutient que, même si son prospectus avait contenu plus de renseignements, M. Fletcher n'aurait pas souscrit la P.A.I.A. parce qu'il ne l'a pas lu. En conséquence, affirme la Société, elle ne doit pas être tenue responsable de la perte subie par les appelants car elle n'est pas attribuable à ses actions ou omissions. Monsieur Fletcher a été l'artisan de son propre malheur.

Cet argument n'est pas fondé. La conclusion que la Société n'a pas rempli son obligation d'informer les appelants ne tient pas seulement au caractère suffisant ou insuffisant du prospectus. Elle se fonde plutôt sur l'effet combiné de l'omission initiale de la Société de renseigner M. Fletcher sur la P.A.I.A. lorsqu'il a contracté pour la première fois son assurance, du formulaire de renouvellement et du prospectus trompeurs et de l'omission de la

combination of acts and omissions by the respondent, the appellants cannot be viewed as the authors of their own misfortune.

The trial judge found that Mr. Fletcher would have purchased UMC had he been told of its availability. Had MPIC not breached its duty, the Fletchers would have been covered against loss caused by an underinsured motorist up to a limit of \$2,000,000. The shortfall between the underinsured motorist's insurance and the appellants' loss was \$887,090. I therefore find that the respondent's breach of duty caused the appellants' loss and hold it liable for damages in the amount of the shortfall.

5. *Did the trial judge err in awarding the appellants their costs on a solicitor and client basis?*

On March 9, 1987, some two months before trial, the appellants duly filed an "Offer to Settle" for the amount of \$650,000 plus prejudgment interest. That offer was not accepted by MPIC. One of the terms of the offer was that the appellants "shall have the right to structure all or part" of the sum. McKeown J. awarded costs to the appellants on a solicitor and client basis because of MPIC's refusal to settle on these terms.

Rule 49.10(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84, confers an entitlement to solicitor and client costs on a plaintiff who has made an offer to settle which turns out to be the same as or less favourable than the judgment obtained and that offer is rejected by the defendant. The purpose of this rule is to induce settlements and avoid trials and to provide predictability with respect to costs: see *Jacuzzi Canada Ltd. v. A. Mantella & Sons Ltd.* (1988), 31 C.P.C. (2d) 195 (H.C.).

Société de mentionner la P.A.I.A. quand il a payé son renouvellement en personne. Vu cette combinaison d'actions et d'omissions de la part de l'intimée, on ne peut pas considérer que les appelants ont été les artisans de leur propre malheur.

Le juge de première instance a conclu que M. Fletcher aurait souscrit la P.A.I.A. s'il avait su qu'elle était disponible. Si la Société n'avait pas manqué à son obligation, les Fletcher auraient été assurés contre la perte causée par un automobiliste insuffisamment assuré jusqu'à concurrence de 2 000 000 \$. La différence entre le montant d'assurance de l'automobiliste insuffisamment assuré et le montant de la perte des appelants était de 887 090 \$. Je conclus donc que le manquement de l'intimée à son obligation a fait subir une perte aux appelants et je la tiens responsable des dommages-intérêts correspondant à la différence susmentionnée.

5. *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur en accordant aux appelants leurs dépens comme entre procureur et client?*

Le 9 mars 1987, soit environ deux mois avant le procès, les appelants ont déposé une «offre de règlement» en bonne et due forme, dont le montant s'élevait à 650 000 \$ plus les intérêts avant jugement. La Société a rejeté cette offre. Parmi les conditions de l'offre, figurait celle-ci: les appelants [TRADUCTION] «auront le droit de faire échelonner, en totalité ou en partie,» le paiement de la somme due. Le juge McKeown a accordé aux appelants des dépens comme entre procureur et client parce que la Société a refusé de transiger à ces conditions.

Aux termes de la règle 49.10(1) des *Règles de procédure civile*, Règl. de l'Ont. 560/84, de l'Ontario, le demandeur a droit à ses dépens calculés comme entre procureur et client s'il a présenté une offre de règlement dont les conditions s'avèrent identiques ou moins avantageuses que celles fixées dans le jugement prononcé, et que le défendeur l'a rejetée. Cette règle a pour but d'encourager les règlements à l'amiable et d'éviter les procès, ainsi que de conférer une mesure de prévisibilité en matière de dépens: voir *Jacuzzi Canada Ltd. v. A. Mantella & Sons Ltd.* (1988), 31 C.P.C. (2d) 195 (H.C.).

MPIC argues that because the offer to settle was not a lump sum but a structured settlement it is not possible to determine whether the offer is more or less favourable than the judgment and so the rule cannot apply. In the alternative, the respondent maintains that the offer was less favourable because the administrative costs involved in a structured settlement might be significant. Both of these arguments ignore the fact that there are standard and generally accepted actuarial principles by means of which the present value of future sums payable can be calculated. Even assuming the truth of MPIC's contention that the "valuation of a structured settlement is extremely complex" for which highly specialized accountants would be required, I cannot accept that it would cost more than the difference between the offer and the damage award (\$237,090) to arrive at the value of a structured settlement. The onus is clearly on the respondent to show that the offer was in fact less favourable than the judgment award. It has not met this burden. I therefore see no reason to interfere with the order of the trial judge as to costs.

Disposition

I would allow the appeal and restore the order of the trial judge as to both damages and costs.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Lerner & Associates, London.

Solicitors for the respondent: Osler, Hoskin and Harcourt, Toronto.

La Société soutient que, parce que l'offre de règlement ne parlait pas de somme forfaitaire, mais de règlement échelonné, il est impossible de déterminer si elle était plus ou moins avantageuse que le jugement et que, par conséquent, la règle ne saurait s'appliquer. Subsidiairement, l'intimée affirme que l'offre était moins avantageuse parce que le règlement échelonné pourrait impliquer des coûts administratifs importants. Ces deux arguments ne tiennent pas compte des normes et des principes actuariels généralement reconnus qui permettent de calculer la valeur actuelle de sommes qui ne seront touchées qu'ultérieurement. Même à supposer que soit véridique la prétention de la Société que [TRADUCTION] «l'évaluation d'un règlement échelonné est très complexe» et nécessiterait les services de comptables hautement spécialisés, je ne saurais admettre que le calcul de la valeur actuelle du règlement échelonné serait plus coûteux que la différence entre le montant de l'offre et celui des dommages-intérêts accordés (237 090 \$). Il incombe nettement à l'intimée de montrer que l'offre était en réalité moins avantageuse que le montant accordé par jugement. Elle ne s'est pas acquittée de ce fardeau. Je ne vois donc aucune raison de modifier l'ordonnance du juge de première instance relative aux dépens.

f Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance relativement aux dommages-intérêts et aux dépens.

g Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants: Lerner & Associates, London.

h Procureurs de l'intimée: Osler, Hoskin and Harcourt, Toronto.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Groupe Communication Canada — Édition
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 2, 1990 Vol. 3

2^e cahier, 1990 Vol. 3

Cited as [1990] 3 S.C.R. 229-449

Renvoi [1990] 3 R.C.S. 229-449

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

McKinney v. University of Guelph 229

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether university "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory retirement at age 65 — Whether mandatory retirement policy "law" — If so, whether s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Civil rights — Age discrimination — Protection against age discrimination in employment not extending to those over 65 — Whether provision infringing s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).

SOMMAIRE

McKinney c. Université de Guelph 229

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — L'université fait-elle partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire à 65 ans — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Libertés publiques — Discrimination fondée sur l'âge — Protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi ne s'étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans — La disposition viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).

David Walter McKinney, Jr. *Appellant*

v.

Board of Governors of the University of Guelph and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

Horacio Roque-Nunez *Appellant*

v.

Board of Governors of Laurentian University and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

Syed Ziauddin *Appellant*

v.

Board of Governors of Laurentian University and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

John A. Buttrick *Appellant*

v.

Board of Governors of York University and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

Bernard Blishen *Appellant*

v.

Board of Governors of York University and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

Tillo E. Kuhn *Appellant*

v.

Board of Governors of York University and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

David Walter McKinney, Jr. *Appellant*

c.

Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et entre

Horacio Roque-Nunez *Appellant*

c.

Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et entre

Syed Ziauddin *Appellant*

d c.

Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

e et entre

John A. Buttrick *Appellant*

c.

Bureau des gouverneurs de l'Université York et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et entre

Bernard Blishen *Appellant*

c.

Bureau des gouverneurs de l'Université York et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et entre

Tillo E. Kuhn *Appellant*

c.

Bureau des gouverneurs de l'Université York et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

j

et entre

Hollis Rinehart, on his own behalf and on behalf of all other members of the York University Faculty Association *Appellants*

v.

Board of Governors of York University and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

Ritvars Bregzis *Appellant*

v.

Governing Council of the University of Toronto and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and between

Norman Zacour *Appellant*

v.

Governing Council of the University of Toronto and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Nova Scotia and the Attorney General for Saskatchewan *Intervenors*

INDEXED AS: MCKINNEY v. UNIVERSITY OF GUELPH

File No.: 20747.

1989: May 16, 17; 1990: December 6.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether university “government” so as to attract Charter review of policies — If so, whether mandatory retirement policy “law” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

*Chief Justice at the time of hearing.

Hollis Rinehart, en son propre nom et en celui de tous les autres membres de l'Association des professeurs de l'Université York *Appellants*

a

c.

Bureau des gouverneurs de l'Université York et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

b et entre

Ritvars Bregzis *Appellant*

c.

c **Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto et le procureur général de l'Ontario** *Intimés*

et entre

d **Norman Zacour** *Appellant*

c.

e **Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto et le procureur général de l'Ontario** *Intimés*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et le procureur général de la Saskatchewan *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: MCKINNEY c. UNIVERSITÉ DE GUELPH

N° du greffe: 20747.

g 1989: 16, 17 mai; 1990: 6 décembre.

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

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

Drôit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — L'université fait-elle partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

*Juge en chef à la date de l'audition.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory retirement at age 65 — Whether mandatory retirement policy “law” — If so, whether s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Civil rights — Age discrimination — Protection against age discrimination in employment not extending to those over 65 — Whether provision infringing s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).

The appellants, eight professors and a librarian at the respondent universities, applied for declarations that the universities' policies of the mandatory retirement at age 65 violate s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, by not treating persons who attain the age of 65 equally with others, also violates s. 15. They also requested an interlocutory and permanent injunction and sought reinstatement and damages. The mandatory retirement policies had been established through various combinations of resolutions of the board, by-laws, pension plan provisions and collective agreements, depending on the university.

Several of the appellants filed complaints with the Ontario Human Rights Commission but the Commission refused to deal with the complaints because its jurisdiction was confined with respect to employment to persons between 18 and 65. It advised the appellants that it would review its position when their application concerning the constitutional validity of s. 9(a) was decided.

The High Court dismissed appellants' application and a majority of the Court of Appeal upheld that decision. Five constitutional questions were stated for consideration by this Court: (1) whether s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* violated the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*; (2) if so, whether it was justified by s. 1 of the *Charter*; (3) whether the *Charter* applies to the mandatory retirement provisions of the respondent universities; (4) if applicable, whether their respective mandatory retirement provisions infringe s. 15(1); and finally, (5) if s. 15(1) is infringed, whether the respective mandatory retirement provisions are demonstrably justified by s. 1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire à 65 ans — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Libertés publiques — Discrimination fondée sur l'âge — Protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi ne s'étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans — La disposition viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).

Les appelants, huit professeurs et un bibliothécaire des universités intimées, ont présenté des demandes de jugement déclaratoire portant que les politiques des universités sur la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans violent l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, en ne traitant pas les personnes qui ont atteint l'âge de 65 ans de la même manière que les autres, viole également l'art. 15. Ils ont aussi demandé une injonction interlocutoire et permanente et réclamé leur réintégration et des dommages-intérêts. Les politiques de retraite obligatoire ont été établies, selon l'université, par diverses combinaisons de résolutions du conseil, de règlements, de régimes de pension et de conventions collectives.

Plusieurs appelants ont porté plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, mais la Commission a refusé d'examiner leurs plaintes parce que sa compétence en matière d'emploi est restreinte aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Elle a avisé les appelants qu'elle réexaminerait sa position lorsque la décision relative à la constitutionnalité de l'al. 9a) serait rendue.

La Haute Cour a rejeté la demande des appelants et la Cour d'appel à la majorité a confirmé cette décision. La Cour est appelée à répondre aux cinq questions constitutionnelles suivantes: (1) L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*? (2) Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte*? (3) La *Charte* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées? (4) Si elle s'applique, leurs dispositions respectives sur la retraite obligatoire portent-elles atteinte au par. 15(1)? (5) S'il y a violation du par. 15(1), leurs dispositions respectives sur la retraite obligatoire peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier?

The Attorneys General of Canada, Nova Scotia and Saskatchewan intervened.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: The wording of s. 32(1) of the *Charter* indicates that the *Charter* is confined to government action. It is essentially an instrument for checking the powers of government over the individual. The exclusion of private activity from *Charter* protection was deliberate. To open up all private and public action to judicial review could strangle the operation of society and impose an impossible burden on the courts. Only government need be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual. Private activity, while it might offend individual rights, can either be regulated by government or made subject to human rights commissions and other bodies created to protect these rights. This Court, in limiting the *Charter's* application to Parliament and the legislatures and the executive and administrative branches of government in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, relied not only on the general meaning of government but also on the way in which the words were used in the *Constitution Act, 1867*.

The fact that an entity is a creature of statute and has been given the legal attributes of a natural person is not sufficient to make its actions subject to the *Charter*. The *Charter* was not intended to cover activities by non-governmental entities created by government for legally facilitating private individuals to do things of their own choosing.

While universities are statutory bodies performing a public service and may be subjected to the judicial review of certain decisions, this does not in itself make them part of government within the meaning of s. 32. The basis of the exercise of supervisory jurisdiction by the courts is not that the universities are government, but that they are public decision makers.

The fact that a university performs a public service does not make it part of government. A public purpose test is simply inadequate. It is fraught with difficulty and uncertainty and is not mandated by s. 32. Although the *Charter* is not limited to entities discharging inherently governmental functions, more would have to be shown to make them subject to *Charter* review than that they engaged in activities or the provision of services

Les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan sont intervenus.

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

^a Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Gonthier: Le texte du par. 32(1) de la *Charte* indique que la *Charte* se restreint à l'action gouvernementale. Elle est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier. L'exclusion des activités privées de la protection de la *Charte* est un choix délibéré. Soumettre au contrôle judiciaire toutes les actions de nature privée et publique pourrait paralyser le fonctionnement de la société et pourrait imposer un fardeau impossible aux tribunaux. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Bien qu'elle puisse porter atteinte aux droits des particuliers, l'activité privée peut soit être réglementée par le gouvernement soit être assujettie à des commissions des droits de la personne et autres organismes créés pour la protection de ces droits. En limitant l'application de la *Charte* au Parlement et aux législatures ainsi qu'aux branches exécutive et administrative du gouvernement dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, notre Cour s'est appuyée non seulement sur le sens général du terme gouvernement, mais également sur la manière dont on a utilisé les mots dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

^f Le fait qu'une entité soit créée par une loi et se voie conférer les attributs juridiques d'une personne physique ne suffit pas à assujettir ses actions à la *Charte*. La *Charte* n'avait pas pour but de s'appliquer aux activités des entités non gouvernementales créées par le gouvernement pour aider légalement les particuliers à poursuivre les activités de leur choix.

^h Les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public et certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l'art. 32. Ce qui justifie l'exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics.

ⁱ Le fait qu'une université fournisse un service public ne signifie pas qu'elle fait partie du gouvernement. Le critère de l'objet public est simplement inadéquat. Il regorge de difficultés et d'incertitudes et n'est pas exigé par l'art. 32. Bien que la *Charte* ne soit pas limitée aux entités qui remplissent des fonctions de nature essentiellement gouvernementale, il ne faudrait pas se contenter de démontrer qu'elles se sont adonnées à des activités ou

that are subject to the legislative jurisdiction of either the federal or provincial governments.

The universities are legally autonomous. They are not organs of government even though their scope of action is limited either by regulation or because of their dependence on government funds. Each has its own governing body, manages its own affairs, allocates its funds and pursues its own goals within the legislated limitations of its incorporation. Each is its own master with respect to the employment of professors. The government has no legal power to control them. Their legal autonomy is fully buttressed by their traditional position in society. Any attempt by government to influence university decisions, especially decisions regarding appointment, tenure and dismissal of academic staff, would be strenuously resisted by the universities on the basis that this could lead to breaches of academic freedom.

The actions of universities do not fall within the ambit of the *Charter* because they do not form part of the government apparatus. The universities were not implementing government policy in establishing mandatory retirement. If, however, universities formed part of the "government" apparatus within the meaning of s. 32(1) of the *Charter*, their policies on mandatory retirement would violate s. 15 of the *Charter*.

For section 15 of the *Charter* to come into operation, the alleged inequality must be one made by "law". Had the universities formed part of the fabric of government, their policies on mandatory retirement would have amounted to a law for the purposes of s. 15 of the *Charter*. Indeed, in most of the universities, these policies were adopted in a formal manner. The fact that they were accepted by the employees should not alter their characterization as law, although this would be a factor to be considered in deciding whether under the circumstances the infringement constituted a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Acceptance of a contractual obligation might well, in some circumstances, constitute a waiver of a *Charter* right especially in a case like mandatory retirement, which not only imposes burdens but also confers benefits on employees. On the whole, though, such an arrangement would usually require justification as a reasonable limit under s. 1 especially where a collective agreement may not really find favour with individual employees subject to discrimination.

à la fourniture de services qui relèvent de la compétence législative des gouvernements fédéral ou provinciaux.

Les universités sont légalement autonomes. Elles ne sont pas des organes du gouvernement même si leur champ d'action est restreint soit par des règlements soit parce qu'elles dépendent des fonds du gouvernement. Chacune a son corps dirigeant, dirige ses propres affaires, répartit ses fonds et poursuit ses propres objectifs dans les limites de sa loi constitutive. Chacune est maîtresse chez elle quant à l'embauche des professeurs. Le gouvernement n'a aucun pouvoir de les régir. Leur autonomie en droit est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société. Toute tentative du gouvernement d'influencer les décisions des universités, particulièrement celles qui concernent la nomination, la permanence et le renvoi de membres du personnel enseignant, ferait l'objet d'une opposition acharnée de la part des universités puisque cela pourrait conduire à des violations de la liberté universitaire.

Les universités ne font pas partie de l'appareil gouvernemental, de sorte que leurs actions ne relèvent pas de la *Charte*. Elles ne mettaient pas en œuvre une politique gouvernementale en prévoyant la retraite obligatoire. Cependant, si les universités faisaient partie de l'appareil du «gouvernement» au sens du par. 32(1) de la *Charte*, leurs politiques en matière de retraite obligatoire enfreindraient l'art. 15 de la *Charte*.

Pour que l'art. 15 de la *Charte* s'applique, l'inégalité dont on se plaint doit découler de la «loi». Si les universités faisaient partie de l'appareil gouvernemental, leurs politiques en matière de retraite obligatoire équivalaient à une loi aux fins de l'art. 15 de la *Charte*. En fait, dans la plupart des cas, les universités ont adopté ces politiques d'une manière formelle. Le fait que les employés les aient acceptées ne devrait pas modifier leur qualification de loi, même si cela était un facteur à considérer pour décider si, dans les circonstances, la violation constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'acceptation d'une obligation contractuelle pourrait bien, dans certaines circonstances, constituer une renonciation à un droit reconnu par la *Charte*, surtout dans un cas comme la retraite obligatoire qui n'impose pas seulement des obligations, mais qui procure aussi des avantages aux employés. Dans l'ensemble toutefois, une telle entente devrait normalement être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier, particulièrement dans le cas d'une convention collective, qui peut ou non gagner vraiment la faveur des employés victimes de la discrimination.

On the assumption that these policies are law, they are discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*, given *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, since the distinction is based on the enumerated personal characteristic of age. The *Charter* protects not only from direct or intentional discrimination but also from adverse impact discrimination. The similarly situated test has not survived *Andrews*.

The distinction made in the universities' policies, though based upon an enumerated ground to the disadvantage of individuals aged 65 and over, constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* to the right to equality accorded under s. 15.

The combined objectives of the impugned provisions meet the "objectives test". Excellence in higher education is an admirable aim and should be fostered. The preservation of academic freedom too is an objective of pressing and substantial importance.

Mandatory retirement is rationally connected to the objectives sought. It is intimately tied to the tenure system which undergirds the specific and necessary ambience of university life and ensures continuing faculty renewal, a necessary process in enabling universities to be centres of excellence on the cutting edge of new discoveries and ideas. It ensures a continuing, and necessary, infusion of new people. In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people. Mandatory retirement achieves this in an orderly way that permits long-term planning both by the university and the individual.

In assessing whether there has been minimal impairment of a constitutional right, consideration must be given not only to the reconciliation of claims of competing individuals or groups but also to the proper distribution of scarce resources — here access to the valuable research and other facilities of universities. The universities had a reasonable basis for concluding that mandatory retirement impaired the relevant right as little as possible given their pressing and substantial objectives. Against the detriment to those affected must be weighed the benefit of the universities' policies to society. Academic freedom and excellence is necessary to our continuance as a lively democracy. Staff renewal is vital to that end. It ensures infusion of new people and new ideas, a better mix of young and old that is a desirable feature of a teaching staff, and better access to the

Dans l'hypothèse où ces politiques constituent une loi, elles sont discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*, étant donné l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, puisque la distinction est fondée sur la caractéristique personnelle de l'âge énumérée dans cette disposition. La *Charte* confère une protection non seulement contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Le critère de la situation analogue n'a pas survécu à l'arrêt *Andrews*.

La distinction en l'espèce faite dans les politiques des universités, quoique fondée sur un motif énuméré au détriment de personnes de 65 ans et plus, constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* quant au droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

La combinaison des objectifs des dispositions contestées satisfait au «critère des objectifs». L'excellence en matière d'études supérieures est un objectif admirable et devrait être favorisée. La protection de la liberté universitaire est également un objectif dont l'importance est urgente et réelle.

La retraite obligatoire a un lien rationnel avec les objectifs recherchés. Elle est intimement liée au système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire et assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées. Cela garantit l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu.

Pour évaluer s'il y a eu atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution, il faut évaluer non seulement la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus, mais également la répartition de ressources limitées — dans ce cas l'accès à des installations de recherche ou autres. Les universités étaient raisonnablement fondées à conclure que la retraite obligatoire portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu de ses objectifs urgents et réels. Au préjudice que subissent les personnes visées, il faut opposer le bénéfice que tire la société des politiques universitaires. La liberté universitaire et l'excellence sont essentielles à la vitalité de notre démocratie. Le renouvellement du corps professoral est nécessaire et garantit l'injection de nouvelles personnes et de nouvelles idées, une meilleure combinaison de professeurs plus

universities' outstanding research facilities which are essential to push forward the frontiers of knowledge. As well, while mandatory retirement has serious detrimental effects on the group affected, it has many compensatory features for them, notably an enriched working life comprising a large measure of academic freedom with a minimum of supervision and demeaning performance tests. These are part of the "bargain" involved in taking a tenured position, a bargain long sought by faculty associations and other groups in society.

The effects of the universities' policies of mandatory retirement are not so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objectives. The same factors had to be balanced in dealing with deleterious effects.

Following a long history, mandatory retirement at age 65 became the norm and is now part of the very fabric of the organization of the labour market in this country. It has profound implications for the structuring of pension plans, for fairness and security of tenure in the workplace, and for work opportunities for others. This was the situation when s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* was enacted and when the *Charter* was proclaimed. These are factors that must be considered in a *Charter* evaluation.

The section 1 analysis of s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* cannot be restricted to the university context as was done in the court below. The appellants in this case were denied the protection of the Code, not because they were university professors but because they were 65 years of age or over. To restrict its application to the university context would be inconsistent with the first component of the proportionality test enunciated in *R. v. Oakes*.

The objective of ss. 9(a) and 4 of the *Human Rights Code, 1981* is to extend protection against discrimination to persons in a specified age range, originally those between 45 and 65. Those over 65 benefited from numerous other social programmes. In enacting the provision, the Legislature balanced its concern for not according protection beyond 65 against the fear that such a change might result in delayed retirement and delayed benefits for older workers, as well as for the labour market and pension ramifications. Assuming the test of proportionality can be met, these warranted overriding the constitutional right of the equal protection of the law. The Legislature also considered the

jeunes et plus âgés qui est une caractéristique souhaitable d'un corps enseignant, ainsi qu'un meilleur accès aux installations de recherche exceptionnelles des universités, qui sont indispensables pour faire reculer les frontières du savoir. Si la retraite obligatoire a des effets préjudiciables sur le groupe visé, elle comporte aussi de nombreux aspects compensatoires comme l'enrichissement du milieu de travail accompagné d'une grande liberté universitaire avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement. Ils font partie du «marché» que comporte l'acceptation d'un poste permanent, un marché que recherchent les associations de professeurs et d'autres groupes.

Les effets des politiques des universités en matière de retraite obligatoire ne sont pas sévères au point de l'emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement. Les mêmes facteurs doivent être soupesés dans l'examen des effets préjudiciables.

À la suite d'une longue histoire, la retraite obligatoire à 65 ans est devenue la norme et fait maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays. Cela a des répercussions profondes sur l'organisation des régimes de retraite, sur l'équité et la permanence dans le milieu du travail et sur les chances d'emploi pour les autres. Telle était la situation lorsque l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* a été adopté et lorsque la *Charte* est entrée en vigueur. Ces facteurs sont à considérer dans un examen fondé sur la *Charte*.

L'analyse de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, selon l'article premier ne peut pas être restreinte au contexte universitaire comme l'a fait la juridiction inférieure. En l'espèce, les appelants ont été privés de la protection du Code non pas parce qu'ils étaient des professeurs d'université, mais parce qu'ils avaient 65 ans ou plus. Restreindre l'examen de son application au contexte universitaire serait incompatible avec le premier élément du critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*.

L'objectif de l'al. 9a) et de l'art. 4 du *Code des droits de la personne, 1981* est d'étendre la protection contre la discrimination aux personnes d'une catégorie d'âge particulière à l'origine aux personnes de 45 à 65 ans. Les personnes âgées de plus de 65 ans bénéficiaient de nombreux autres programmes sociaux. En adoptant cette disposition, le législateur a soupesé, d'une part, la préoccupation tenant à l'absence de protection après l'âge de 65 ans et, d'autre part, la crainte qu'un changement puisse obliger à reporter la date de la retraite et à retarder ses avantages pour les travailleurs plus âgés, le marché du travail et les régimes de retraite. À supposer que le critère de proportionnalité puisse être respecté,

effect on young workers, but the evidence on this is conjectural, and should be accorded little weight.

The legislation is rationally connected to its objectives as is evident from the considerations concerning whether it impairs the right to equality "as little as possible." But consideration of the propriety of the legislature's cautious conduct involves recognition of the fact that it was motivated by concern for the orderly transition of values. The United Nations Resolution aimed at discouraging age discrimination justifies its recommendation by limiting it to "wherever and whenever the overall situation allows".

Mandatory retirement impairs the right to equality without discrimination on the basis of age "as little as possible". The historical origins of mandatory retirement at age 65 and its evolution as one of the important structural elements in the organization of the workplace was very relevant to making this assessment. The repercussions of abolishing mandatory retirement would be felt in all dimensions of the personnel function with which it is closely entwined: hiring, training, dismissals, monitoring and evaluation, and compensation. The Legislature was faced with competing socio-economic theories and was entitled to choose between them and to proceed cautiously in effecting change. On issues of this kind, where there is competing social science evidence, the Court should consider whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislation impaired the relevant right as little as possible given the government's pressing and substantial objectives.

The concern about mandatory retirement is not about mere administrative convenience in dealing with a small percentage of the population. Rather, it is with the impact that removing a rule, which generally benefits workers, would have on the compelling objectives the Legislature has sought to achieve. Mandatory retirement is not government policy in respect of which the *Charter* may be directly invoked. It is an arrangement negotiated in the private sector, and it can only be brought into the ambit of the *Charter* tangentially because the Legislature has attempted to protect, not attack, a *Charter* value. The provision in question had no discriminatory purpose.

The legislation simply reflects a permissive policy which allows those in different parts of the private sector

ces raisons justifient la suppression du droit constitutionnel à la même protection de la loi. Le législateur a aussi considéré l'effet sur les jeunes travailleurs, mais la preuve sur ce point est conjecturale et on ne devrait pas lui accorder trop de poids.

La Loi a un lien rationnel avec ses objectifs comme cela ressort des considérations visant à déterminer si elle porte «le moins possible atteinte» au droit à l'égalité. L'examen du caractère approprié de la conduite prudente du législateur exige que l'on reconnaisse qu'elle était motivée par le souci que la transition des valeurs s'effectue de façon ordonnée. La résolution des Nations Unies visant à décourager la discrimination fondée sur l'âge justifie sa recommandation en la limitant par la condition que cela soit fait «partout et dans tous les cas où la situation générale le permet.»

La retraite obligatoire porte «le moins possible» atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Les origines historiques de la retraite obligatoire à 65 ans et son évolution comme élément important de l'organisation du milieu du travail sont très pertinentes dans cette évaluation. De plus, les répercussions de l'abolition de la retraite obligatoire se feraient sentir dans tous les aspects du rôle du personnel auquel elle est intimement liée: l'embauche, la formation, les renvois, la surveillance et l'évaluation, et la rémunération. Le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes et il était en droit de faire un choix et d'agir avec prudence en apportant des modifications. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, la question que doit examiner la Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

Les préoccupations au sujet de la retraite obligatoire ne portent pas sur de simples questions de commodité administrative relativement à un petit pourcentage de la population. Elles portent plutôt sur les répercussions qu'aurait la suppression d'une règle qui est généralement avantageuse pour les travailleurs sur les objectifs impérieux que vise le législateur. La retraite obligatoire n'est pas une politique du gouvernement au sujet de laquelle la *Charte* peut être invoquée directement. Il s'agit d'une entente négociée dans le secteur privé et elle ne peut relever de la *Charte* que de façon indirecte parce que le législateur a tenté de protéger, et non pas de contester, une valeur reconnue par la *Charte*. La disposition en question n'a aucun objet discriminatoire.

La Loi reflète simplement une politique facultative qui permet à ceux qui travaillent dans divers domaines

to determine their work conditions for themselves, either personally or through their representative organizations. Mandatory retirement was not government policy and it was not a condition imposed on employees. It was favoured both by the universities and labour organizations.

For the same considerations as were discussed with the issue of minimum impairment, there was a proportionality between the effects of s. 9(a) of the Code on the guaranteed right and the objectives of the provision. The Legislature sought to provide protection for a group which it perceived to be most in need and did not include others for rational and serious considerations that, it had reasonable grounds to believe, would seriously affect the rights of others. A Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It should be permitted to take incremental measures to balance possible inequalities under the law against other inequalities resulting from the adoption of a course of action and to take account of the difficulties, whether social, economic or budgetary, that would arise if it attempted to deal globally with them.

The cut-off point was within a reasonable range according to the evidence and was appropriately defined in terms of age, notwithstanding the fact that age was a prohibited ground of discrimination. The precise point was not an issue for the Court. The *Charter* itself by its authorization of affirmative action under s. 15(2) recognized that legitimate measures for dealing with inequality might themselves create inequalities. Section 1 of the *Charter* therefore should allow for partial solutions to discrimination where there are reasonable grounds for limiting a measure.

A measure of deference for legislative choice is invited by the fact that the *Charter* left the task of regulating and advancing the cause of human rights in the private sector to the legislative branch. Generally, the courts should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality. The courts should adopt a stance that encourages legislative advances in the protection of human rights. Some of the steps adopted may well fall short of perfection but the recognition of human rights emerges slowly out of the human condition, and short or incremental steps may at times be a harbinger of a developing right.

Per Sopinka J.: The reasons of La Forest J. for concluding that a university is not a government entity

du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une politique gouvernementale ni d'une condition imposée aux employés. Elle avait l'appui des universités et des organisations syndicales.

Pour les mêmes considérations analysées relativement à la question de l'atteinte minimale, il y a proportionnalité entre les effets de l'al. 9a) du Code sur le droit garanti et les objectifs de la disposition. Le législateur a voulu accorder une protection à un groupe qu'il estimait être celui qui en avait le plus besoin et il a exclu les autres en raison de considérations logiques et sérieuses dont il était raisonnablement fondé à croire qu'elles porteraient sérieusement atteinte aux droits des autres. Un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit pouvoir adopter des mesures progressives pour soulever les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de les traiter dans leur ensemble.

La ligne de démarcation est raisonnable et convenablement définie en fonction de l'âge, même si l'âge est un motif de discrimination prohibé. Ce point précis n'a pas été soumis à la Cour. En autorisant les programmes de promotion sociale en vertu du par. 15(2), la *Charte* reconnaît elle-même que des mesures légitimes prises pour traiter des problèmes d'inégalité peuvent elles-mêmes créer des inégalités. L'article premier de la *Charte* devrait donc permettre d'apporter des solutions partielles à la discrimination lorsqu'il existe des motifs raisonnables de limiter une mesure.

Le fait que la *Charte* remette entre les mains du pouvoir législatif la tâche de réglementer et de promouvoir la cause des droits de la personne dans le secteur privé incite à faire preuve d'une certaine retenue à l'égard du choix du législateur. De façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu'il devrait emprunter pour parvenir à l'idéal de l'égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit.

Le juge Sopinka: Le juge Sopinka souscrit aux raisons qu'invoque le juge La Forest pour conclure que l'univer-

for the purpose of attracting the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were agreed with. The core functions of a university are non-governmental and therefore not directly subject to the *Charter*. This applies *a fortiori* to the university's relations with its staff which in the case of those in these appeals are on a consensual basis. Some university activities, however, may be governmental in nature.

The determination as to whether the policies and practices of the universities relating to mandatory retirement are law cannot be made on the assumption that the universities are governmental bodies. In attempting to classify the conduct of an entity in a given case it is important to know, first, that it is a governmental body and, second, that it is acting in that capacity in respect of the conduct sought to be subjected to *Charter* scrutiny. The role of the *Charter* is to protect the individual against the coercive power of the state. This suggests that there must be an element of coercion involved before the emanations of an institution can be classified as law. In order to make the determination in this case that the policies and practices relating to mandatory retirement are law, highly relevant factors would have to be assumed as being present. Such a determination would have a wholly artificial foundation and would simply distort the law. The conclusion that mandatory retirement is justified under s. 1 is more in accord with the democratic principles which the *Charter* is intended to uphold. The contrary position would impose on the whole country a regime not forged through the democratic process but by the heavy hand of the law.

Per Cory J.: The tests put forward by Wilson J. for determining whether entities not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government are nonetheless a part of government to which the *Charter* applies were agreed with. So too were her findings that universities form part of "government" for purposes of s. 32 of the *Charter*, that their mandatory retirement policies were subject to s. 15 scrutiny, and that they contravened s. 15 because of discrimination on the basis of age. These policies, however, survive *Charter* scrutiny under s. 1. Although s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* contravenes s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on the basis of age, it is a reasonable limit prescribed by law under s. 1.

Per Wilson J. (dissenting): Under s. 32 the *Charter* applies to legislation broadly defined and to acts of the

sité n'est pas une entité gouvernementale aux fins de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les fonctions principales d'une université ne sont pas gouvernementales et ne sont donc pas directement assujetties à la *Charte*. Cela s'applique *a fortiori* aux rapports qu'entretient l'université avec son personnel qui, dans le cas des présents pourvois, reposent sur une base consensuelle. Cependant, certaines activités des universités peuvent être de nature gouvernementale.

La réponse à la question de savoir si les politiques et les pratiques des universités en matière de retraite obligatoire sont une loi ne peut reposer sur l'hypothèse que les universités sont des organismes gouvernementaux. En tentant de classer la conduite d'une entité dans une affaire donnée, il est important de savoir d'abord qu'il s'agit d'un organisme gouvernemental et deuxièmement qu'elle agit en cette qualité à l'égard de la conduite que l'on cherche à assujettir à un examen fondé sur la *Charte*. Le rôle de la *Charte* est de protéger l'individu contre le pouvoir coercitif de l'État. Il doit y avoir un élément de coercition pour que les dispositions adoptées par une institution puissent être qualifiées de loi. Pour décider en l'espèce si les politiques et pratiques relatives à la retraite obligatoire sont une loi, il faudrait présumer que des facteurs hautement pertinents sont présents. Une telle décision reposerait sur des considérations entièrement artificielles et ne ferait que déformer la loi. La conclusion que la retraite obligatoire est justifiée en vertu de l'article premier est plus conforme aux principes démocratiques que la *Charte* est destinée à maintenir. Une décision contraire imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit.

Le juge Cory: Les critères proposés par le juge Wilson pour déterminer si les entités dont il est évident en soi qu'elles ne font pas partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement font néanmoins partie du gouvernement auquel s'applique la *Charte*, sont adoptés. Les conclusions du juge Wilson que les universités font partie du «gouvernement» pour les fins de l'art. 32 de la *Charte* et que leurs politiques de mise à la retraite obligatoire sont sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 et qu'elles contreviennent à l'art. 15 parce qu'elles établissent une discrimination fondée sur l'âge, sont également adoptées. Ces politiques survivent cependant à un examen fondé sur l'article premier de la *Charte*. Même si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, il constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier.

Le juge Wilson (dissidente): En vertu de l'art. 32, la *Charte* s'applique à la législation au sens large et aux

executive or administrative branch of government. It does not apply to private litigation divorced from any connection to government. The government/private action distinction may be difficult to make in some circumstances but the text of the *Charter* must be respected. The *Charter* was not intended as an alternate route to human rights legislation for the resolution of allegations of private discrimination.

The concept of government purely restrictive of the people's freedom is not valid in Canada. Government has also played a beneficent role. Freedom is not co-extensive with the absence of government; rather freedom has often required the intervention and protection of government against private action.

A concept of minimal state intervention should not be relied on to justify a restrictive interpretation of "government" or "government action". Government today must assume many different roles *vis-à-vis* its citizens and some of these cannot be best effected directly by the apparatus of government itself. Form therefore should not be placed ahead of substance: the *Charter* should not be circumvented by the simple expedient of creating a separate entity and having it perform the role. The nature of the relationship between that entity and government must be examined in order to decide whether when it acts it truly is "government" which is acting.

The following questions should be asked about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government in order to determine if they are subject to the *Charter*: (1) does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question; (2) does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state; (3) is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

Each test identifies aspects of government in its contemporary context. An affirmative answer to one or more of these questions would be a strong indicator, but no more, that the entity forms part of government. The parties can explain why the body in question is not part of government, or in the case of a negative answer, why some other feature of the entity not touched upon by the questions listed makes it part of government.

actions de la branche exécutive ou administrative du gouvernement. Elle ne s'applique pas aux litiges entre particuliers en l'absence de tout lien avec le gouvernement. La distinction entre l'action gouvernementale et l'action privée peut être difficile à établir dans certaines circonstances, mais le texte de la *Charte* doit aussi être respecté. La *Charte* n'a pas été conçue comme un moyen subsidiaire aux lois sur les droits de la personne pour ce qui est de résoudre des cas de discrimination privée.

La notion selon laquelle le gouvernement ne fait que restreindre la liberté des gens n'est pas valide au Canada. Le gouvernement a également joué un rôle salutaire. La liberté ne correspond pas à l'absence d'intervention gouvernementale; au contraire, elle requiert souvent l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

Il ne faut pas s'appuyer sur une notion d'intervention minimale de l'État pour justifier une interprétation restrictive des mots «gouvernement» et «action gouvernementale». De nos jours, les gouvernements doivent remplir plusieurs rôles *vis-à-vis* de ses citoyens, certains de ces rôles ne pouvant être remplis le mieux possible par l'appareil gouvernemental lui-même. Il ne faut pas laisser la forme l'emporter sur le fond: il ne faut pas laisser contourner les dispositions de la *Charte* en autorisant la création d'une entité distincte chargée de remplir ce rôle. Nous devons examiner la nature des rapports entre cette entité et le gouvernement pour déterminer si ses actes sont vraiment ceux d'un gouvernement.

Il faut se poser les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, pour déterminer si elles sont assujetties à la *Charte*: (1) La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question? (2) L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État? (3) L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

Chacune des questions identifie des aspects du gouvernement dans son contexte contemporain. Une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions constituerait un indice sérieux, mais rien de plus, qu'il s'agit d'une entité qui fait partie du gouvernement. Les parties peuvent expliquer pourquoi l'organisme en question ne fait pas partie du gouvernement ou, dans le cas d'une réponse négative, pourquoi quelque autre aspect que les questions formulées précédemment ne visent pas fait en sorte qu'elle fasse partie du gouvernement.

Given the various connections between the province and the universities, the state exercises a substantial measure of control over universities in Canada. This control is exercised: (1) through heavy provincial funding; (2) through the statutory basis of their governing structure; (3) through some of their decision-making processes being subject to judicial review; and, (4) through some of their policies and programs requiring government approval.

The government had no direct involvement in the policy of mandatory retirement instituted by the universities. A specific connection between the impugned act and government, however, is not required. The universities' internal policies and practices should have to conform to the dictates of the Constitution. The principle of academic freedom, which is narrow in focus and protects only against the censorship of ideas, is not incompatible with administrative control being exercised by government in other areas.

Education at every level has been a traditional function of government in Canada as evidenced from the legislation dealing with it both before and after Confederation. The universities perform an important public function which government has decided to have performed and, indeed, regards it as its responsibility to have performed. The universities therefore form part of "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter* and their policies of mandatory retirement are subject to scrutiny under s. 15 of the *Charter*.

Section 15 is declaratory of the rights of all to equality under the justice system. If an individual's guarantee of equality is not respected by those to whom the *Charter* applies, the courts must redress that inequality.

The term "law" in s. 15 should be given a liberal interpretation encompassing both legislative activity and policies and practices even if adopted consensually. The guarantee of equality applies irrespective of the particular form the discrimination takes. Discrimination, unwittingly or not, is often perpetuated through informal practices. Section 15 therefore does not require a search for a discriminatory "law" in the narrow context but merely a search for discrimination which must be redressed by the law.

It was not strictly necessary for the Court to come to a definitive conclusion on this aspect of s. 15 in this case. Under the more liberal approach, the policies instituting mandatory retirement constitute "law" within the meaning of s. 15. But even given the most restrictive interpretation of "law", the discrimination took place under the universities' enabling statutes and, accordingly, the

En raison des divers liens qui existent entre la province et les universités, l'État exerce un contrôle important sur les universités au Canada. Il exerce ce contrôle: (1) par une participation considérable au financement, (2) par la nature législative de leur organisation, (3) par l'assujettissement de certains processus de décision à l'examen judiciaire et (4) par des politiques et programmes exigeant l'approbation du gouvernement.

Le gouvernement n'a pas été mêlé directement à la politique de mise à la retraite obligatoire établie par les universités. Cependant, il n'est pas essentiel d'établir un lien précis entre l'action contestée et le gouvernement. Les politiques et pratiques internes des universités devraient se conformer aux préceptes de la Constitution. Le principe de la liberté académique, qui a une portée restreinte et qui protège seulement contre la censure des idées, n'est pas incompatible avec le contrôle administratif exercé par l'État dans d'autres domaines.

À tous les niveaux, l'éducation a été traditionnellement une fonction du gouvernement au Canada comme l'indiquent les lois adoptées à ce sujet avant et après la Confédération. Les universités exercent une fonction publique importante que le gouvernement veut voir exercer et dont il estime avoir la responsabilité de veiller à ce qu'elle soit exercée. Les universités font donc partie du «gouvernement» pour les fins de l'art. 32 de la *Charte* et leurs politiques de retraite obligatoire sont donc sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 15 est déclaratoire des droits de tous à l'égalité dans le système judiciaire. Si la garantie d'égalité n'est pas respectée par ceux à qui la *Charte* s'applique, les tribunaux doivent remédier à cette inégalité.

Le terme «loi» à l'art. 15 devrait recevoir une interprétation libérale qui englobe à la fois l'activité législative et les politiques et pratiques même si elles sont adoptées à la suite d'un consensus. La garantie d'égalité s'applique sans égard à la forme particulière de discrimination. La discrimination, qu'elle soit consciente ou non, se manifeste souvent par des pratiques plutôt informelles. L'article 15 n'exige donc pas de chercher une «loi» discriminatoire au sens strict, mais simplement de chercher une discrimination qui doit être corrigée par la loi.

Il n'est pas absolument nécessaire que notre Cour parvienne en l'espèce à une conclusion définitive sur cet aspect de l'art. 15. En vertu de l'interprétation plus libérale du terme «loi», les politiques à l'origine de la retraite obligatoire constituent une «loi» au sens de l'art. 15. Même en vertu de l'interprétation la plus restrictive du terme «loi», la discrimination découle des lois habili-

denial of equality was effected in one of the prohibited ways.

All the methods used by the universities to institute mandatory retirement constituted "binding rules" in the broad sense. It made no difference that some of the rules came about as a result of collective agreement negotiations. It was, in effect, the "law of the workplace". Mandatory retirement distinguished between different individuals or different classes of individuals in purpose or effect and this distinction gave rise to discrimination.

The purpose of the equality guarantee is to promote human dignity. This guarantee focuses on stereotype and prejudice as the principal vehicles of discrimination and is meant to protect against them. The similarly situated test has no place in equality jurisprudence because of the centrality of the concept of "prejudice".

The grounds enumerated in s. 15 represent some blatant examples of discrimination which society has at last come to recognize as such. Their common characteristic is political, social and legal disadvantage and vulnerability.

The mere fact that the distinction at issue was drawn on the basis of age did not automatically lead to some kind of irrebuttable presumption of prejudice. Rather it compelled a number of questions. Was there prejudice? Did the mandatory retirement policy reflect the stereotype of old age? Was an element of human dignity at issue? Were academics being required to retire at age 65 on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity? The answer was clearly yes and s. 15 was therefore infringed.

The universities derived their authority over employment relations with their faculty and staff through their enabling statutes which in and of themselves do not infringe the *Charter*. The action taken pursuant to them, however, lead to the violation. It was not necessary to determine specifically whether the actual policies compelling retirement at age 65 were "law" within the meaning of s. 1. The measures instituting mandatory retirement, if not reasonable and demonstrably justified, would fall outside the authority of the universities and be struck down.

The mandatory retirement policies cannot meet the minimal impairment test. The test is only met where alternative means of dealing with the stated objective of government are not clearly better than the one which

tantes des universités et, en conséquence, l'atteinte au droit à l'égalité s'est produite de l'une des façons interdites.

Toutes les façons auxquelles les universités ont eu recours pour imposer la retraite obligatoire constituent des «règles exécutoires» au sens large. Cela ne change rien que certaines règles découlent d'un processus de négociation collective. C'était en fait la «loi du milieu du travail». La retraite obligatoire établit une distinction réelle et voulue entre différentes personnes ou groupes de personnes et cette distinction constitue de la discrimination.

La garantie d'égalité vise à promouvoir la dignité humaine. Cette garantie porte essentiellement sur ces modes de discrimination que sont les stéréotypes et les préjugés et elle vise à protéger contre ces fléaux. Le caractère central de la notion de «préjugé» explique pourquoi le critère de la situation analogue n'a pas sa place dans la jurisprudence sur l'égalité.

Les motifs énumérés à l'art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la société a enfin reconnus comme tels. Leur caractéristique commune est le désavantage et la vulnérabilité sur les plans politique, social et juridique.

Le simple fait que la distinction soit fondée sur l'âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irréfutable de préjugé. Il nous amène plutôt à nous poser certaines questions. Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de la dignité humaine est-il en cause? Les professeurs sont-ils tenus de prendre leur retraite à 65 ans pour le motif non fondé qu'il y a diminution de la compétence et des capacités intellectuelles avec l'âge? La réponse à ces questions est oui et, en conséquence, l'art. 15 est violé.

Les universités détiennent leur pouvoir en matière de relations de travail avec les professeurs et les employés en vertu de leurs lois habilitantes qui, en elles-mêmes, ne violent pas la *Charte*. La mesure prise conformément à ces dispositions a entraîné la violation. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer précisément si les politiques concrètes qui imposent la retraite à 65 ans constituent une «règle de droit» au sens de l'article premier. Si les mesures qui prévoient la retraite obligatoire ne sont pas raisonnables et si leur justification ne peut se démontrer, elles ne relèvent pas du pouvoir des universités et doivent être annulées.

Les politiques de retraite obligatoire ne peuvent satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Ce critère est satisfait lorsque les autres moyens de traiter l'objectif avoué du gouvernement ne sont pas clairement meilleurs

has been adopted by government. There are better means in this case.

In a period of economic restraint competition over scarce resources will almost always be a factor in the government distribution of benefits. Moreover, recognition of the constitutional rights and freedoms of some will in such circumstances almost inevitably carry a price which must be borne by others. To treat such price as a justification for denying the constitutional rights of the appellants would completely vitiate the purpose of entrenching rights and freedoms. There may be circumstances, however, in which other factors militate against interference by the courts where the legislature has attempted a fair distribution of resources. Even if fiscal restraint *simpliciter* were a sufficient reason to take a more relaxed approach to the minimal impairment requirement, the facts here do not support the application of this standard of review.

The *Oakes* standard presumptively applies and only in exceptional circumstances should the full rigors of *Oakes* be ameliorated. The respondent universities did not meet the onus of showing that the application of a more relaxed test under s. 1 was appropriate. And even if that test were appropriate, that standard was not met. Clearly better alternatives exist given the documented success of alternative techniques.

Young academics are not the kind of "vulnerable" group contemplated in those cases applying a relaxed standard of minimal impairment. Their exclusion flows solely from the government's policy of fiscal restraint and not from their condition of being young or from the nature of their relationship with the universities.

It is doubtful whether citizens should be able to contract out of equality rights having regard to the nature of the grounds on which discrimination is prohibited in s. 15 and the fact that the equality rights lie at the very heart of the *Charter*. It is not necessary to decide this in this case.

Section 24(1) of the *Charter* confers a broad discretion upon the Court to award appropriate and just relief, including the relief of the type sought by appellants. Ordinary principles of contract should not necessarily dictate which remedies are appropriate and just within the meaning of s. 24(1). The courts should strive to preserve agreements while ridding them of their unconstitutional elements.

que le moyen adopté par le gouvernement. Il y a de meilleurs moyens en l'espèce.

En période de restrictions budgétaires, la concurrence à l'égard des ressources limitées constituera presque toujours un facteur de la répartition des bénéfices par le gouvernement. En outre, la reconnaissance des droits et libertés constitutionnels de certains dans ces circonstances comportera presque inévitablement un prix que d'autres auront à payer. Dire de ce prix qu'il justifie une négation des droits constitutionnels des appelants reviendrait à vicier complètement l'objectif de la consécration des droits et libertés dans la Constitution. Toutefois, les circonstances peuvent faire en sorte que d'autres facteurs militent contre l'ingérence des tribunaux lorsque le législateur a tenté de répartir équitablement les ressources. Mêmes si les seules contraintes financières étaient suffisantes pour justifier une interprétation plus souple du critère de l'atteinte minimale, les faits de l'espèce ne justifient pas l'application de cette norme d'examen.

La norme qui est présumée s'appliquer est celle de l'arrêt *Oakes* et ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la rigueur du critère de l'arrêt *Oakes* devrait être assouplie. Les universités intimées n'ont pas réussi à démontrer que l'application d'un critère plus souple en vertu de l'article premier était approprié. Même si ce critère était approprié, on n'a pas satisfait à cette norme. Il existe des moyens clairement meilleurs comme en fait foi le succès des méthodes de rechange.

Les jeunes professeurs ne font pas partie du genre de groupe vulnérable envisagé dans les arrêts qui ont appliqué un critère plus souple de l'atteinte minimale. Leur exclusion découle seulement de la politique de restriction budgétaire du gouvernement, mais non du fait qu'ils sont jeunes ou de la nature de leur rapport avec les universités.

Compte tenu de la nature des motifs pour lesquels la discrimination est interdite à l'art. 15 et du fait que les droits à l'égalité sont au cœur même de la *Charte*, il y a lieu de douter que les citoyens devraient être autorisés à renoncer à ces droits par contrat. Il n'est pas nécessaire de trancher cette question en l'espèce.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* confère à la Cour un large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste, y compris le genre de redressement demandé par les appelants. Les principes ordinaires du droit des contrats ne doivent pas nécessairement dicter quelles sont les réparations convenables et justes au sens du par. 24(1). Les tribunaux devraient s'efforcer de préserver les accords tout en les débarrassant de leurs éléments inconstitutionnels.

Reinstatement was an appropriate and just remedy for righting the wrong caused to the appellants, especially given the paucity of academic positions available and difficulties in relocating. An award of compensatory damages was also just and appropriate because the loss of income and benefits sustained by the appellants arose because of the breach of their s. 15 rights. Compensation for losses which flow as a direct result of the infringement of constitutional rights should generally be awarded unless compelling reasons dictate otherwise. Impecuniosity and good faith are not a proper basis on which to deny an award of compensatory damages.

An interlocutory and a permanent injunction should not be awarded. Appellants were "made whole" by virtue of their having been awarded the declaration, the order for reinstatement and the order for damages.

Section 15 of the *Charter* is infringed by s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* which strips all protection against employment discrimination based upon age from those over the age of 65. Once government decides to provide protection it must do so in a non-discriminatory manner and this the province failed to do. Indeed, in the field of human rights legislation, the standard of *Charter* scrutiny should be more rigorous, not less, than that applied to other types of legislation. By denying protection to these workers the Code has the effect of reinforcing the stereotype that older employees are no longer useful members of the labour force and their services may therefore be freely and arbitrarily dispensed with.

Section 9(a) must be struck down in its entirety. This section did not confine itself to the legislature's stated objective enabling mandatory retirement but extended to permit all forms of age discrimination in the employment context for those over the age of 65. The rational connection branch of the *Oakes* test was accordingly not met. The Court, in choosing the appropriate disposition of the constitutional challenge, must be guided by the extent to which the provision is inconsistent with the *Charter*.

Section 9(a) would not, in any event, pass the minimal impairment test which is the second branch of the *Oakes* proportionality test. When the majority of individuals affected by a piece of legislation will suffer disproportionately greater hardship by the infringement of their rights, the impugned legislation does not impair the rights of those affected by it as little as reasonably possible. Even if it is acceptable for citizens to bargain away their fundamental human rights in exchange for

La réintégration est une façon convenable et juste de réparer le tort fait aux appelants vu la rareté des postes d'enseignement et de la difficulté d'aller ailleurs. Il est convenable d'accorder des dommages-intérêts compensatoires puisque la perte de revenus et d'avantages résulte de la violation des droits qu'ont les appelants en vertu de l'art. 15. L'indemnisation des pertes qui découlent directement de la violation de droits constitutionnels devrait normalement être accordée sous réserve de raisons sérieuses contraires. Le manque d'argent et la bonne foi ne peuvent servir de justification valable pour refuser d'accorder des dommages-intérêts compensatoires.

Il n'y a pas lieu d'accorder d'injonction interlocutoire ou permanente. Les appelants sont rétablis dans leur situation en raison du jugement déclaratoire, de l'ordonnance de réintégration et de l'attribution de dommages-intérêts compensatoires.

L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* enfreint l'art. 15 de la *Charte* parce qu'il prive les employés âgés de plus de 65 ans de toute protection contre la discrimination en matière d'emploi. Lorsque le gouvernement décide d'accorder une protection, il doit le faire d'une manière non discriminatoire et, en l'espèce, la province a omis de le faire. Dans le domaine de la législation en matière de droits de la personne, l'examen en vertu de la *Charte* devrait être plus sévère, et non moins sévère, que pour les autres genres de législations. En ne protégeant pas ces travailleurs, le Code a pour effet de renforcer le stéréotype selon lequel les employés plus âgés ne sont plus des membres utiles de la population active et qu'on peut donc librement et arbitrairement se passer de leurs services.

L'alinéa 9a) en entier doit être invalidé. L'alinéa ne fait pas que permettre la retraite obligatoire, qui est l'objectif avoué du législateur, il a aussi pour effet de permettre toutes formes de discrimination fondées sur l'âge envers les personnes âgées de plus de 65 ans. Le volet du lien rationnel énoncé dans l'arrêt *Oakes* n'est donc pas satisfait. En choisissant la bonne solution de la contestation constitutionnelle, la Cour doit tenir compte de l'étendue de l'incompatibilité de la disposition avec la *Charte*.

De toute façon, l'al. 9a) ne survivrait pas au deuxième volet du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*. Si la majorité des personnes touchées par une loi subissent un préjudice démesurément grave par suite de la violation de leurs droits, la loi contestée ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes visées par celle-ci. Même s'il est acceptable que des citoyens écartent par entente leurs droits fondamentaux en échange d'un gain économique, il reste que la majorité des

economic gain; the majority of working people in the province do not have access to such arrangements.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Universities may not have all of the necessary governmental touchstones to be considered public bodies and yet neither are they wholly private in nature. Their internal decisions are subject to judicial review and their creation, funding and conduct are governed by statute. Some public functions performed by universities, therefore, may attract *Charter* review.

The fact that universities are substantially publicly funded cannot be easily discounted. But the level of government funding does not establish government control over the employment contracts at issue so as to attract *Charter* review. Mandatory retirement was not adopted because of legislative or executive mandate. Furthermore, the universities' private contracts of employment, not their delegated public functions, were alleged to conflict with the *Charter*.

Wilson J.'s broad test for determining the scope of government and government action for the purposes of s. 32(1) of the *Charter* was agreed with. The universities, however, do not qualify even under that test for essentially the reasons outlined by La Forest J. An historical analysis yields the same result as the functional approach: Canadian universities have always fiercely defended their independence. The word "government", as generally understood, never contemplated universities as they were and are constituted. Therefore, questions 4 and 5 did not need to be answered.

Section 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* constitutes unreasonable and unfair discrimination on the basis of age against persons over 65 contrary to s. 15(1) of the *Charter*. It constitutes an arbitrary and artificial obstacle which prevents persons aged 65 and over from complaining about employment discrimination.

The breach of s. 15(1) cannot be justified under s. 1. There is no convincing evidence that mandatory retirement is the *quid pro quo* of the tenure system. The value of tenure is threatened by incompetence, not by the aging process. The presumption of academic incapacity at age 65 is not well founded. The discrepancies between physical and intellectual abilities amongst different age

travailleurs de la province n'ont pas accès à de tels arrangements.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les universités ne possèdent peut-être pas tous les éléments de nature gouvernementale nécessaires pour être considérées comme des organismes publics, mais elles ne sont pas non plus de nature entièrement privée. Leurs décisions internes sont sujettes au contrôle judiciaire et leur création, leur financement et leur fonctionnement sont régis par des lois. Certaines fonctions publiques exécutées par les universités peuvent justifier un contrôle fondé sur la *Charte*.

Le fait que les universités sont financées de façon substantielle sur les fonds publics ne peut être facilement écarté mais l'ampleur du financement ne prouve pas que le gouvernement exerce un contrôle sur les contrats de travail en l'espèce qui les assujettirait à un examen fondé sur la *Charte*. Le régime de retraite obligatoire n'a pas été adopté en raison d'un mandat du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif. En outre, ce sont des contrats privés d'emploi de l'université que l'on prétend être en conflit avec la *Charte* et non les fonctions publiques qui lui ont été déléguées.

Le test général proposé par le juge Wilson quant à l'étendue du gouvernement et de l'action gouvernementale aux fins du par. 32(1) de la *Charte* devrait être retenu. Les universités ne peuvent cependant être qualifiées de gouvernement en vertu de ce test, essentiellement pour les motifs exposés par le juge La Forest. L'analyse historique conduit à la même conclusion que la méthode fonctionnelle: les universités canadiennes ont toujours férocelement défendu leur indépendance. Le mot «gouvernement», suivant le sens qu'on lui attribue généralement n'a jamais englobé les universités telles qu'elles étaient et telles qu'elles sont actuellement constituées. Il n'est donc pas nécessaire de répondre aux questions 4 et 5.

L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* constitue une discrimination déraisonnable et injuste fondée sur l'âge envers les personnes de plus de 65 ans en violation du par. 15(1) de la *Charte*. Il constitue un obstacle arbitraire et artificiel qui empêche des personnes âgées de 65 et plus ans de porter plainte contre une discrimination en matière d'emploi.

La violation du par. 15(1) ne peut être justifiée en vertu de l'article premier. Il n'existe aucune preuve convaincante que la retraite obligatoire et le système de permanence sont étroitement liés. La valeur de la permanence est menacée par l'incompétence et non par le vieillissement. La présomption d'une incapacité d'enseigner à 65 ans n'est pas bien fondée. L'écart entre les

groups may be more than compensated for by increased experience, wisdom and skills acquired over time. There is therefore no pressing and substantial objective addressed by the mandatory retirement policy.

Even assuming a legitimate objective exists, the means used are too intrusive. Persons over 65 are excluded from the protection of the Code solely because of age and, regardless of circumstances, are denied access to protective and remedial human rights legislation covering employment. Since retirement was set at 65, advances in medical science and living conditions have significantly extended life expectancy and improved the quality of life. An "elite" group of people can afford to retire, but the adverse effects of mandatory retirement are most painfully felt by the poor. Women are particularly affected as they are less likely to have adequate pensions. There is no reasonable justification for a scheme which sets 65 as an age for compulsory retirement.

Section 9(a) of the Code is severable and accordingly should be struck out in its entirety as unconstitutional.

Cases Cited

By La Forest J.

Considered: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; **distinguished:** *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (leave to appeal denied, [1986] 1 S.C.R. xii); **referred to:** *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974); *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; *Greenya v. George Washington University*, 512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975); *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982); *Bakke v. Regents of the University of California*, 438

capacités physiques et intellectuelles parmi les différents groupes d'âge peut être amplement compensé par une plus grande expérience, une plus grande sagesse et des compétences plus étendues acquises au cours des années.

a La politique de retraite obligatoire ne répond donc pas à un objectif réel et urgent.

Même en supposant qu'un objectif légitime existe, les moyens utilisés sont trop envahissants. Les personnes de plus de 65 ans sont exclues de la protection du Code seulement en raison de leur âge et, indépendamment des circonstances, sont privées du recours à des lois protectrices et réparatrices en matière de droits de la personne. Depuis l'époque où l'âge de la retraite a été fixé à 65 ans, les progrès de la science médicale et l'amélioration des conditions de vie ont considérablement augmenté l'espérance de vie et amélioré la qualité de vie. Une petite «élite» peut se permettre de prendre sa retraite, mais ce sont les pauvres qui souffrent le plus cruellement des effets néfastes de la retraite obligatoire. Les femmes sont particulièrement touchées car elles sont moins susceptibles de bénéficier de pensions de retraite suffisantes. Il n'y a pas de justification raisonnable à un régime fixant à 65 ans l'âge de la retraite obligatoire.

L'alinéa 9a) du Code peut en être retranché et devrait donc être entièrement invalidé pour cause d'inconstitutionnalité.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

f **Arrêt examiné:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; **distinction d'avec l'arrêt:** *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii); **arrêts mentionnés:** *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Re Bhindi and British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974); *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; *Greenya v. George Washington University*, 512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975); *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982); *Bakke v.*

U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Lamb v. Scripps College*, 627 F.2d 1015 (1980); *Palmer v. Ticcione*, 576 F.2d 459 (1978); *Harrison v. University of British Columbia* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145; *Beauregard v. Canada*, [1986] 2 S.C.R. 56.

By Wilson J. (dissenting)

RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 S.C.R. 573; *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967); *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1988] 2 W.W.R. 718; *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165; *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695; *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Behram Khurshid v. State of Bombay*, A.I.R. (42) 1955 Supreme Court 123; *Basheshar Nath v. Commissioner of Income-tax*, A.I.R. (46) 1959 Supreme Court 149; *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Bute v. Illinois*, 333 U.S. 640 (1948); *Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1 (1966); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Haddad v. U.S.*, 349 F.2d 511 (1965); *Zap v. United States*, 328 U.S. 624 (1946); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

Harelkin v. University of Regina, [1979] 2 S.C.R. 561; *Harrison v. University of British Columbia* (1988),

Regents of the University of California, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Lamb v. Scripps College*, 627 F.2d 1015 (1980); *Palmer v. Ticcione*, 576 F.2d 459 (1978); *Harrison v. University of British Columbia* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145; *Beauregard c. Canada*, [1986] 2 R.C.S. 56.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd., [1986] 2 R.C.S. 573; *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967); *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1988] 2 W.W.R. 718; *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165; *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Behram Khurshid v. State of Bombay*, A.I.R. (42) 1955 Supreme Court 123; *Basheshar Nath v. Commissioner of Income-tax*, A.I.R. (46) 1959 Supreme Court 149; *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Bute v. Illinois*, 333 U.S. 640 (1948); *Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1 (1966); *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964); *Haddad v. U.S.*, 349 F.2d 511 (1965); *Zap v. United States*, 328 U.S. 624 (1946); *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

Harelkin c. Université de Regina, [1979] 2 R.C.S. 561; *Harrison v. University of British Columbia* (1988),

21 B.C.L.R. (2d) 145; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Headly v. Public Service Commission Appeal Board (Can.)* [1987], 2 F.C. 235; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202; *Alberta (Human Rights Commission) v. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 S.C.R. 489; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297.

Statutes and Regulations Cited

Act concerning Schools and Schoolmasters, S.N.S. 1766, c. 7.
Act for the appropriation of the Revenues arising from the Jesuits' Estates, for the year one thousand eight hundred and forty-six, S.L.C. 1846, c. 59.
Act for the better establishment and maintenance of Public Schools in Upper Canada, and for repealing the present School Act, S. Prov. C. 1849, c. 83.
Act for the encouragement of education, S.P.E.I. 1852, c. 13.
Act for the establishment of Free Schools and the advancement of Learning in this Province, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 2.
Act respecting Public Schools, S.O. 1877, c. 204.
Act respecting the Education Department, S.O. 1877, c. 203.
Act respecting The School of Practical Science, S.O. 1877, c. 212.
Act respecting the University of Toronto, S.O. 1877, c. 210.
Act respecting University College, S.O. 1877, c. 209.
Act to amend and consolidate the Law relating to the Council of Public Instruction, the Normal Schools, Collegiate Institutes and High Schools, S.O. 1874, c. 27.
Act to consolidate and amend the several laws relating to education, S.P.E.I. 1861, c. 36.
Act to enable the Corporation of the Royal Institution for the Advancement of Learning, to dispose of certain portions of Land, for the better support of the University of McGill College, S.L.C. 1844-45, c. 78.
Act to facilitate the establishment and the endowment of Elementary Schools in the Parishes of this Province, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 1.
Act to Improve the Common and Grammar Schools of the Province of Ontario, S.O. 1871, c. 33.

21 B.C.L.R. (2d) 145; *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Headly c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1 R.C.S. 202; *Alberta (Human Rights Commission) c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297.

Lois et règlements cités

Act concerning Schools and Schoolmasters, S.N.S. 1766, ch. 7.
Act for the encouragement of education, S.P.E.I. 1852, ch. 13.
Act respecting Public Schools, S.O. 1877, ch. 204.
Act respecting the Education Department, S.O. 1877, ch. 203.
Act respecting The School of Practical Science, S.O. 1877, ch. 212.
Act respecting the University of Toronto, S.O. 1877, ch. 210.
Act respecting University College, S.O. 1877, ch. 209.
Act to amend and consolidate the Law relating to the Council of Public Instruction, the Normal Schools, Collegiate Institutes and High Schools, S.O. 1874, ch. 27.
Act to consolidate and amend the several laws relating to education, S.P.E.I. 1861, ch. 36.
Act to enable the Corporation of the Royal Institution for the Advancement of Learning, to dispose of certain portions of Land, for the better support of the University of McGill College, S.L.C. 1844-45, ch. 78.
Act to Improve the Common and Grammar Schools of the Province of Ontario, S.O. 1871, ch. 33.
Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province [Common Schools Act], S. Prov. C. 1841, ch. 18.
Acte du revenu de l'intérieur, 1875, S.C. 1874, ch. 8.
Acte pour approprier les revenus provenant des Biens des Jésuites pour l'année mil-huit-cent quarante-six, S.B.-C. 1846, ch. 59.
Acte pour faciliter l'Établissement et la Dotation d'Écoles Élémentaires dans les Paroisses de cette Province, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 1.

- Act to incorporate the College of Chambly*, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 4.
- Act to make better provision for promotion of superior Education and the establishment and support of Normal Schools in Lower Canada and for other purposes*, S.L.C. 1856, c. 54.
- Act to provide for the establishment of Normal Schools*, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 3.
- Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province [Common Schools Act]*, S. Prov. C. 1841, c. 18.
- Age Discrimination Act*, S.O. 1966, c. 3.
- Arctic Waters Pollution Prevention Act*, R.S.C., 1985, c. A-12.
- Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 61.5(9)(c) [am. 1977-78, c. 27, s. 21].
- Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1-4, 7-20, 24, 32, 33.
- Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6.
- Clean Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-32.
- Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, c. 32.
- Consolidated Public School Act of 1874*, S.O. 1874, c. 28.
- Consolidated Public School Act, 1876*, S.B.C. 1876, c. 142.
- Constitution Act, 1867*, s. 93.
- Constitution Act, 1982*, s. 52.
- Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, s. 249.
- Creameries and Dairies Regulation Act*, S.B.C. 1920, c. 23.
- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 234.1(1), 235(1), 236(1).
- Dairy Association Act*, S.Q. 1921, c. 37.
- Degree Granting Act*, 1983, S.O. 1983, c. 36.
- Dominion Trade and Industry Commission Act, 1935*, S.C. 1935, c. 59.
- Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38.
- Environmental Contaminants Act*, R.S.C., 1985, c. E-12.
- European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 UNTS 221.
- Fair Accommodation Practices Act, 1954*, S.O. 1954, c. 28.
- Farmers' Creditors Arrangement Act, 1934*, S.C. 1934, c. 53.
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.
- Food and Drugs Act, 1920*, S.C. 1920, c. 27.
- Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3.
- High Schools Act*, S.O. 1877, c. 205.
- Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, ss. 4(1), 9(a), 10(a), 19(2), 23.
- Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'avancement de l'Éducation Supérieure, et pourvoir à l'établissement et au soutien d'Écoles Normales dans le Bas Canada, et pour d'autres fins*, S.B.-C. 1856, ch. 54.
- ^a *Acte pour incorporer le Collège de Chambly*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 4.
- Acte pour l'Établissement d'Écoles Gratuites, et l'Avancement des Sciences dans cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 2.
- ^b *Acte pour mieux établir et maintenir les Écoles Publiques dans le Haut-Canada, et révoquer l'acte des écoles actuel*, S. Prov. C. 1849, ch. 83.
- Age Discrimination Act*, S.O. 1966, ch. 3.
- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1 à 4, 7 à 20, 24, 32, 33.
- ^c *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, ch. 6.
- Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 61.5(9)(c) [mod. 1977-78, ch. 27, art. 21].
- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 234.1(1), 235(1), 236(1).
- ^d *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, art. 4(1), 9a), 10a), 19(2), 23.
- Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32.
- Consolidated Public School Act of 1874*, S.O. 1874, ch. 28.
- ^e *Consolidated Public School Act, 1876*, S.B.C. 1876, ch. 142.
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 RTNU 221.
- ^f *Creameries and Dairies Regulation Act*, S.B.C. 1920, ch. 23.
- De l'instruction publique*, S.R.Q. 1888, titre V, art. 1860 à 2288.
- Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III.
- ^g *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A' (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948).
- Fair Accommodation Practices Act, 1954*, S.O. 1954, ch. 28.
- ^h *High Schools Act*, S.O. 1877, ch. 205.
- Human Rights Code Amendment Act*, S.O. 1972, ch. 119.
- Industrial Schools Act*, S.O. 1877, ch. 213.
- Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, art. 13(1)(b), c) [abr. & rempl. 1961-62, ch. 154, art. 1 à 7].
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 93.
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
- Loi d'arrangement entre cultivateurs et créanciers, 1934*, S.C. 1934, ch. 53.
- ^j *Loi de 1983 sur l'attribution de grades universitaires*, L.O. 1983, ch. 36.
- Loi de 1987 sur l'équité salariale*, L.O. 1987, ch. 34.

- Human Rights Code Amendment Act*, S.O. 1972, c. 119.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148.
- Industrial Schools Act*, S.O. 1877, c. 213.
- Inland Revenue Act of 1875*, S.C. 1874, c. 8.
- International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 UNTS 171.
- Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1980, c. 224.
- Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, c. 151, s. 13(1)(b), (c) [rep. & sub. 1961-62, c. 154, ss. 1-7].
- Limitation of Hours of Work Act*, S.C. 1935, c. 63.
- Manitoba School Act*, C.S.M. 1880, c. 62.
- Milk, Cheese and Butter Act*, S.O. 1908, c. 55.
- Minimum Wages Act*, S.C. 1935, c. 44.
- Ministry of Colleges and Universities Act*, R.S.O. 1980, c. 272.
- Motor Vehicle Safety Act*, R.S.C., 1985, c. M-10.
- Natural Products Marketing Act, 1934*, S.C. 1934, c. 57.
- Ocean Dumping Control Act*, R.S.C., 1985, c. O-2.
- Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1873, c. 32.
- Old Age Pensions Act, 1927*, S.C. 1926-27, c. 35.
- Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93.
- Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-2.
- Pay Equity Act*, S.M. 1985-86, c. 21.
- Pay Equity Act, 1987*, S.O. 1987, c. 34.
- Public Instruction*, R.S.Q. 1888, Title V, arts. 1860-2288.
- Public Schools' Act, 1877*, S.P.E.I. 1877, c. 1.
- Radiation Emitting Devices Act*, R.S.C., 1985, c. R-1.
- Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453.
- Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, c. 35.
- School Ordinance*, C.O.N.W.T. 1898, c. 75.
- Schools Act*, C.S.N.B. 1877, c. 65.
- Social Security Act, 49 Stat. 620*, 29 U.S.C. §§ 621-634 (1976).
- Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at p. 71 (1948).
- University Expropriation Powers Act*, R.S.O. 1980, c. 516.
- University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, c. 120, s. 11(b), (c).
- University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, c. 56, ss. 2(3), 2(14)(b), (c).
- Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148.
- Loi des aliments et drogues, 1920*, S.C. 1920, ch. 27.
- Loi des pensions de vieillesse, 1927*, S.C. 1926-27, ch. 35.
- Loi sur l'égalité des salaires*, L.M. 1985-86, ch. 21.
- Loi sur l'immersion de déchets en mer*, L.R.C. (1985), ch. O-2.
- Loi sur l'organisation du marché des produits naturels, 1934*, S.C. 1934, ch. 57.
- Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935*, S.C. 1935, ch. 59.
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.
- Loi sur la limitation des heures de travail*, S.C. 1935, ch. 63.
- Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, L.R.C. (1985), ch. C-32.
- Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, L.R.C. (1985), ch. A-12.
- Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1980, ch. 224.
- Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, art. 249.
- Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, L.R.C. (1985), ch. M-10.
- Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, L.R.O. 1980, ch. 272.
- Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38.
- Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels*, S.C. 1935, ch. 14.
- Loi sur les contaminants de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-12.
- Loi sur les dispositifs émettant des radiations*, L.R.C. (1985), ch. R-1.
- Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, ch. 453.
- Loi sur les pouvoirs des universités en matière d'expropriation*, L.R.O. 1980, ch. 516.
- Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3.
- Loi sur les salaires minima*, S.C. 1935, ch. 44.
- Manitoba School Act*, C.S.M. 1880, ch. 62.
- Milk, Cheese and Butter Act*, S.O. 1908, ch. 55.
- Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1873, ch. 32.
- Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93.
- Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171.
- Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-2.
- Public Schools' Act, 1877*, S.P.E.I. 1877, ch. 1.
- Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, ch. 35.
- School Ordinance*, C.O.N.W.T. 1898, ch. 75.
- Schools Act*, C.S.N.B. 1877, ch. 65.
- Social Security Act, 49 Stat. 620*.
- Société d'industrie laitière*, L.Q. 1921, ch. 37.

Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, S.C. 1935, c. 14.
York University Act, 1965, S.O. 1965, c. 143.

Authors Cited

- Abbott, Harry. *A Treatise on the Railway Law of Canada*. Montreal: C. Theoret, 1896.
- Abella, Rosalie S. "Limitations on the Right to Equality Before the Law," in Armand de Mestral, et al., eds., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1986.
- Abella, Rosalie S. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Atcheson, M. Elizabeth and Lynne Sullivan. "Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds. *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Baggaley, Carman D. *The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1981.
- Bazelon, David L. "Civil Liberties — Protecting Old Values in the New Century" (1976), 51 *N.Y.U. L. Rev.* 505.
- Beatty, David. "Constitutional Conceits: The Coercive Authority of Courts" (1987), 37 *U.T.L.J.* 183.
- Bennett, R.B. The First Address, January 2nd, 1935. Cited in J.H.R. Wilbur, ed., *The Bennett New Deal: Fraud or Portent? Issues in Canadian History*. Toronto: Copp Clark Publishing Company, 1968.
- Berle, Adolf A., Jr. "Constitutional Limitations on Corporate Activity — Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power" (1952), 100 *U. Pa. L. Rev.* 933.
- Black, William and Lynn Smith. "Note" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 591.
- Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*. Third Session, Ninth Parliament. Ottawa: King's Printer, 1903.
- Canada. Parliament. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*. First Session of the Thirty-second Parliament. Ottawa: 1980-81.
- Canada. Parliament. Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights. *Equality For All*. Ottawa: 1985.
- Canada. Royal Commission on Financial Management Accountability. *Royal Commission on Management and Accountability*. (Lambert Commission). Ottawa: Auditor General of Canada, 1979.
- 29 U.S.C. §§ 621-634 (1976).
University of Guelph Act, 1964, S.O. 1964, ch. 120, art. 11b), c).
University of Toronto Act, 1971, S.O. 1971, ch. 56, art. 2(3), 2(14b), c).
^a *York University Act*, 1965, S.O. 1965, ch. 143.
- Doctrine citée**
- Abbott, Harry. *A Treatise on the Railway Law of Canada*. Montreal: C. Theoret, 1896.
- Abella, Rosalie S. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Abella, Rosalie S. «Limitations on the Right to Equality Before the Law,» dans Armand de Mestral, et al., éd., *La Limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1986.
- Atcheson, M. Elizabeth and Lynne Sullivan, «Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter», in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds. *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Baggaley, Carman D. *The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939*. Ottawa: Economic Council of Canada, 1981.
- Bazelon, David L. «Civil Liberties — Protecting Old Values in the New Century» (1976), 51 *N.Y.U. L. Rev.* 505.
- Beatty, David. «Constitutional Conceits: The Coercive Authority of Courts» (1987), 37 *U.T.L.J.* 183.
- Bennett, R. B. The First Address, January 2nd, 1935. Cited in J.H.R. Wilbur, ed., *The Bennett New Deal: Fraud or Portent? Issues in Canadian History*. Toronto: Copp Clark Publishing Company, 1968.
- Berle, Adolf A., Jr. «Constitutional Limitations on Corporate Activity — Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power» (1952), 100 *U. Pa. L. Rev.* 933.
- Black, William and Lynn Smith. «Note» (1989), 68 *R. du B. can.* 591.
- Canada. Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement. *Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1962.
- Canada. Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité. *Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité*. (Commission Lambert). Ottawa: Vérificateur général du Canada, 1979.
- Canada. Parlement. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*. Première session de la trente-deuxième législature. Ottawa: 1980-81.
- Canada. House of Commons. *Debates of the House of Commons*. Third Session, Ninth Parliament. Ottawa: King's Printer, 1903.

- Canada. Royal Commission on Government Organization. *The Royal Commission on Government Organization*. Ottawa: Queen's Printer, 1962.
- Canada. Senate. A Report of the Special Senate Committee on Retirement Age Policies. *Retirement Without Tears*. 1979.
- Canadian Labour Congress, Resolution No. 377, 1980.
- Chemerinsky, Erwin. "Rethinking State Action" (1985), 80 *Nw. U.L. Rev.* 503.
- Commission on the Government of the University of Toronto. Report of The Commission on the Government of the University of Toronto. *Toward Community in University Government*. (Bissell Report) Toronto: University of Toronto Press, 1970.
- Corry, J. A. *The Growth of Government Activities Since Confederation*. A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. Ottawa: 1939.
- de Montigny, Yves. "Section 32 and Equality Rights", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Dorman, Robert. *A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937*. Ottawa: 1938.
- Eberts, Mary. "Sex-based Discrimination and the Charter", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Etherington, Brian. Comment. "Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd." (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 818.
- Finkelstein, Neil. "Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience" (1985-86), 6 *Advocates' Q.* 188.
- Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" Under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man L.J.* 505.
- Gibson, Dale. "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Toronto: Carswells, 1986.
- Gibson, Dale. "What did Dolphin Deliver?" in Gérald-A. Beaudoin, ed., *Your Clients and the Charter — Liberty and Equality*. Canadian Bar Association Colloquium. Montreal: 1987.
- Gibson, Dale and Scott Gibson. "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- Gold, Marc. "Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia*" (1988-89), 34 *McGill L.J.* 1063.
- Canada. Parlement. Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité. *Égalité pour tous*. Ottawa: 1985.
- Canada. Sénat. Comité spécial du Sénat sur les politiques relatives à l'âge de la retraite. *Retraite sans douleur*, 1979.
- Canadian Labour Congress, Resolution No. 377, 1980.
- Chemerinsky, Erwin. «Rethinking State Action» (1985), 80 *Nw. U.L. Rev.* 503.
- Commission on the Government of the University of Toronto. Report of The Commission on the Government of the University of Toronto. *Toward Community in University Government*. (Bissell Report) Toronto: University of Toronto Press, 1970.
- Corry, J. A. *L'expansion des services administratifs depuis la Confédération*. Étude préparée pour la Commission royale des relations entre le dominion et les provinces. Ottawa. 1939.
- de Montigny, Yves. «Section 32 and Equality Rights», in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Dorman, Robert. *A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937*. Ottawa: 1938.
- Eberts, Mary. «Sex-based Discrimination and the Charter», in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswells, 1985.
- Ely, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.
- Etherington, Brian. Comment. «Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.» (1987), 66 *R. du B. can.* 818.
- Finkelstein, Neil. «Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience» (1985-86), 6 *Advocates' Q.* 188.
- Gibson, Dale. «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of «Government» Under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
- Gibson, Dale. «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
- Gibson, Dale. *The Law of the Charter: General Principles*. Toronto: Carswells, 1986.
- Gibson, Dale. «What did Dolphin Deliver?» dans Gérald-A. Beaudoin, éd., *Vos clients et la Charte — Liberté et égalité*. Association du Barreau canadien. Montréal: 1987.
- Gibson, Dale et Scott. «La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.
- Gold, Marc. «Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia*» (1988-89), 34 *McGill L.J.* 1063.

- Graebner, William. *A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Hogg, Peter W. "The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action" (1986-87), 51 *Sask. L. Rev.* 273.
- Howse, Robert. "Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 248.
- Kertzer, Susan Dana. "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement" (1981), 33 *Me. L. Rev.* 157.
- Mackintosh, W. A. *The Economic Background of Dominion-Provincial Relations*. Toronto: McClelland and Stewart Limited, 1964.
- Manwaring, J. A. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413.
- Maritain, Jacques. *Man and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.
- McConnell, W. H. "Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett 'New Deals'" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 221.
- McConnell, W. H. "The Judicial Review of Prime Minister Bennett's 'New Deal'" (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 39.
- McDougal, Myres S. and Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. "The Protection of the Aged from Discrimination" in *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.
- McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Nerken, Ira. "A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the *Civil Rights Cases* and State Action Theory" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 297.
- Ontario. Legislature of Ontario Debates. Official Report (Hansard). First Session, Thirty-second Parliament. May 15, May 25 and December 1, 1981, Nos. 21, 27, 114. Toronto: Legislature of the Province of Ontario, 1981.
- Otis, Ghislain. "The Charter, Private Action and the Supreme Court" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 71.
- Priest, Margot, W. T. Stanbury and Fred Thompson. "On the Definition of Economic Regulation", in W. T. Stanbury, ed., *Government Regulation: Scope, Growth, Process*. Montreal: The Institute for Research on Public Policy, 1980.
- Risk, R. C. B. "Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 31.
- Robson, William A. *The Governors and the Governed*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1964.
- Graebner, William *A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Hogg, Peter W. "The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action" (1986-87), 51 *Sask. L. Rev.* 273.
- Howse, Robert. "Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 248.
- Kertzer, Susan Dana. "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement" (1981), 33 *Me. L. Rev.* 157.
- Mackintosh, W. A. *The Economic Background of Dominion-Provincial Relations*. Toronto: McClelland and Stewart Limited, 1964.
- Manwaring, J. A. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413.
- Maritain, Jacques. *Man and the State*. Chicago: University of Chicago Press, 1951.
- McConnell, W. H. "Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett 'New Deals'" (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 221.
- McConnell, W. H. "The Judicial Review of Prime Minister Bennett's 'New Deal'" (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 39.
- McDougal, Myres S. and Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. "The Protection of the Aged from Discrimination" in *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.
- McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
- Nations Unies. Assemblée générale. Rés. 3137 A.G., Doc. N.U. A19030 (1973).
- Nations Unies. Secrétaire général. *Question des personnes âgées et des vieillards*. Doc. N.U. A9126 (1973).
- Nerken, Ira. "A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the *Civil Rights Cases* and State Action Theory" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 297.
- Ontario. Legislature of Ontario Debates. Official Report (Hansard). First Session, Thirty-second Parliament. May 15, May 25 and December 1, 1981, Nos. 21, 27, 114. Toronto: Legislature of the Province of Ontario, 1981.
- Otis, Ghislain. "The Charter, Private Action and the Supreme Court" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 71.
- Priest, Margot, W. T. Stanbury and Fred Thompson. "On the Definition of Economic Regulation", in W. T. Stanbury, ed., *Government Regulation: Scope, Growth, Process*. Montreal: The Institute for Research on Public Policy, 1980.

- Slattery, Brian. "A Theory of the Charter," (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 701.
- Slattery, Brian. "Charter of Rights and Freedoms — Does it Bind Private Persons" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 157.
- Slattery, Brian. "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?" (1987), 32 *McGill L.J.* 905.
- Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms," in Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.
- Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289.
- Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law*. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.
- Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 242.
- Tassé, Roger. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Gérald-A. Beaudoin and Edward Ratushny, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989.
- "The Age Discrimination in Employment Act of 1967" (1976), 90 *Harv. L. Rev.* 380.
- Tribe, Laurence H. "Refocusing the "State Action" Inquiry: Separating State Acts From State Actors", in *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Underhill, Frank H. "The Scholar: Man Thinking," in G. Whalley, ed., *A Place of Liberty*. Toronto: 1964.
- United Nations. General Assembly. G.A. Res. 3137, U.N. Doc. A19030 (1973).
- United Nations. Secretary General. *Question of the Elderly and the Aged*, U.N. Doc. A9126 (1973).
- United States. Congress. U.S. Congress Report by the Select Committee on Aging. *Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness*, 1977.
- Wellington, Harry H. "The Constitution, the Labor Union and "Governmental Action"" (1961), 70 *Yale L.J.* 345.
- Risk, R. C. B. «Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State» (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 31.
- Robson, William A. *The Governors and the Governed*. London: George Allen & Unwin Ltd., 1964.
- Slattery, Brian. «A Theory of the Charter» (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 701.
- Slattery, Brian. «Charter of Rights and Freedoms — Does it Bind Private Persons» (1985), 63 *R. du B. can.* 157.
- Slattery, Brian. «The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?» (1987), 32 *McGill L.J.* 905.
- Swinton, Katherine. «Application de la Charte canadienne des droits et libertés» dans Walter S. Tarnopolsky et Gérald-A. Beaudoin, éd., *Charte canadienne des droits et libertés — Commentaire*. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1982.
- Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289.
- Tarnopolsky, Walter S. *Discrimination and the Law*. Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985.
- Tarnopolsky, Walter S. «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 242.
- Tassé, Roger. «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd. *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989.
- «The Age Discrimination in Employment Act of 1967» (1976), 90 *Harv. L. Rev.* 380.
- Tribe, Laurence H. «Refocusing the «State Action» Inquiry: Separating State Acts From State Actors», in *Constitutional Choices*. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- Underhill, Frank H. «The Scholar: Man Thinking,» in G. Whalley, ed., *A Place of Liberty*. Toronto: 1964.
- United States. Congress. U.S. Congress Report by the Select Committee on Aging. *Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness*, 1977.
- Wellington, Harry H. «The Constitution, the Labor Union and «Governmental Action»» (1961), 70 *Yale L.J.* 345.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1987), 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193, 37 C.R.R. 44, dismissing an appeal from a decision of Gray J. (1986), 57 O.R. (2d) 1, 32 D.L.R. (4th) 65, 14 C.C.E.L. 1, refusing to deal with complaints for want of jurisdiction. Appeal dismissed, Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 63 O.R. (2d) 1, 46 D.L.R. (4th) 193, 37 C.R.R. 44, qui a rejeté un appel d'une décision du juge Gray (1986), 57 O.R. (2d) 1, 32 D.L.R. (4th) 65, 14 C.C.E.L. 1, qui refusait d'entendre des plaintes pour défaut de compétence. Pourvoi rejeté. Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes.

Jeffrey Sack, Q.C., James K. McDonald, Steven M. Barrett and Ethan Poskanzer, for the appellants.

Christopher G. Riggs and Michael A. Hines, for the respondent Board of Governors of the University of Guelph.

Mary Eberts and Michael A. Penny, for the respondent Board of Governors of Laurentian University.

George W. Adams and Richard J. Charney, for the respondent Board of Governors of York University.

John C. Murray and S. John Page, for the respondent Governing Council of the University of Toronto.

Janet E. Minor and Robert E. Charney, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Duff Friesen, Q.C., and Virginia McRae Lajeunesse, for the intervener the Attorney General of Canada.

Alison W. Scott, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

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

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal is concerned with the application of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to mandatory retirement in universities. It raises a number of broad issues, namely,

- (a) whether s. 15 of the *Charter* applies to universities;
- (b) assuming it does, whether the universities' policies of mandatory retirement at age 65 violate s. 15(1) of the *Charter*;

Jeffrey Sack, c.r., James K. McDonald, Steven M. Barrett et Ethan Poskanzer, pour les appelants.

Christopher G. Riggs et Michael A. Hines, pour l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph.

Mary Eberts et Michael A. Penny, pour l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne.

George W. Adams et Richard J. Charney, pour l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université York.

John C. Murray et S. John Page, pour l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto.

Janet E. Minor et Robert E. Charney, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Duff Friesen, c.r., et Virginia McRae Lajeunesse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Alison W. Scott, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

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

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi vise à déterminer si le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique à la retraite obligatoire dans les universités. Il soulève un certain nombre de questions générales, savoir:

- a) L'article 15 de la *Charte* s'applique-t-il aux universités?
- b) En supposant qu'il s'y applique, les politiques des universités concernant la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans violent-elles le par. 15(1) de la *Charte*?

- (c) whether the limitation of the prohibition against discrimination in employment on grounds of age in s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, to persons between the ages of 18 and 65 violates s. 15(1) of the *Charter*; and
- (d) whether, if such violation exists, it is justifiable under s. 1 of the *Charter*.
- c) La restriction de l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi, que l'on trouve à l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, aux personnes de 18 à 65 ans, viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?
- d) Si cette violation existe, est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

The appeal was argued at the same time as *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 450; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, and *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, all of which are issued concurrently. The first of these also deals with retirement from universities, while the second is concerned with retirement from association with a research hospital and the third from employment in a community college. The cases raise many of the same issues, most of which will be discussed in the present appeal.

Background

Facts

The appellants, eight professors and a librarian at the respondent universities, applied for declarations that the policies of the universities, which require the appellants to retire at age 65, violate s. 15 of the *Charter*, and that s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, by not treating persons who attain the age of 65 equally with others, also violates s. 15. The appellants also ask for certain consequential relief. The appellants' competence has never been seriously questioned; they are highly qualified academics. The sole ground for their retirement is that they have reached the mandatory age of 65.

The respondent universities have established mandatory retirement policies in somewhat different ways. At the University of Toronto, it has been

Le pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 450, *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 dont les motifs sont rendus simultanément. Le premier de ces pourvois porte également sur la retraite des membres du personnel d'une université, alors que le deuxième porte sur la retraite d'un membre associé d'un hôpital universitaire et le troisième sur la retraite d'un employé d'un collège communautaire. Les instances soulèvent plusieurs questions identiques dont la plupart seront examinées dans le présent pourvoi.

Historique

Les faits

Les appelants, huit professeurs et un bibliothécaire au service des universités intimées, ont présenté des demandes de jugement déclaratoire portant que les politiques des universités, qui exigent que les appelants prennent leur retraite à l'âge de 65 ans, violent l'art. 15 de la *Charte* et que l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, en ne traitant pas les personnes qui ont atteint l'âge de 65 ans de la même manière que les autres, viole également l'art. 15. Les appelants demandent également par voie de conséquence une certaine réparation. La compétence des appelants n'a jamais été vraiment contestée; ce sont tous des professionnels de l'enseignement très compétents. Ils doivent prendre leur retraite pour la seule raison qu'ils ont atteint l'âge de la retraite obligatoire qui est de 65 ans.

Les universités intimées ont établi des politiques de mise à la retraite obligatoire de façons quelque peu différentes. L'Université de Toronto a procédé

effected by a formal resolution of the Board, and the university's pension plan provides for retirement at age 65 and is funded on that basis; as well, the collective agreement between the university and the faculty association refers to retirement at age 65 as basic policy and stipulates that there will be no change in this policy during the term of the agreement. At York University, both the university plan and the collective agreement with the faculty association provide for retirement at age 65. At the University of Guelph, mandatory retirement is based on policy and practice and a pension plan that provides for retirement at age 65. At Laurentian University, retirement policy is established by the general by-laws, the collective agreement between the university and the faculty, and the retirement plan for the staff.

There can be little question that, while the impact will vary from individual to individual, mandatory retirement results in serious detriment to the appellants' working lives, including loss of protection for job security and conditions, economic loss, loss of a working environment and facilities necessary to support their work, diminished opportunities for grants, and generally seriously diminished participation in activities both within and outside the university.

Several of the appellants filed complaints with the Ontario Human Rights Commission, but the Commission refused to deal with the complaints because its jurisdiction was confined with respect to employment to persons between 18 and 65. The applicable provisions of the *Human Rights Code, 1981* read:

4.—(1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of . . . age

9. . . .

(a) "age" means an age that is eighteen years or more, except in subsection 4 (1) where "age" means an age that is eighteen years or more and less than sixty-five years;

par résolution formelle du Conseil et le régime de retraite de l'université fixe à 65 ans l'âge de la retraite et les cotisations sont fixées en fonction de ce facteur; en outre, la convention collective entre l'université et l'association des professeurs stipule comme principe de base que l'âge de la retraite est de 65 ans et que ce principe ne sera pas modifié au cours de la durée de la convention collective. À l'Université York, tant le régime de l'université que la convention collective conclue avec l'association des professeurs fixent à 65 ans l'âge de la retraite. À l'Université de Guelph, la retraite obligatoire est fondée sur la politique et la pratique ainsi que sur un régime de pension qui prévoit que l'âge de la retraite est de 65 ans. À l'Université Laurentienne, la politique en matière de retraite est établie par les règlements généraux, la convention collective entre l'université et l'association des professeurs ainsi que le régime de retraite des employés.

Il est certain que, même si les répercussions varient d'un individu à l'autre, la retraite obligatoire porte sérieusement atteinte à la vie active des appelants parce qu'il y a perte des conditions de travail et de la sécurité d'emploi, perte économique, perte d'un milieu de travail et des installations nécessaires au travail, diminution des chances d'obtenir des subventions et, de façon générale, diminution de la participation aux activités qui se déroulent tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du milieu universitaire.

Plusieurs des appelants ont porté plainte auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne, mais la Commission a refusé d'examiner leurs plaintes parce que sa compétence en matière d'emploi est restreinte aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Les dispositions applicables du *Code des droits de la personne, 1981* se lisent ainsi:

[TRADUCTION] 4.—(1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur [. . .] l'âge . . .

9. . . .

a) «âge» Dix-huit ans ou plus, sauf au paragraphe 4(1), où le terme «âge» s'entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans.

23. The right under section 4 to equal treatment with respect to employment is not infringed where,

(b) the discrimination in employment is for reasons of age . . . if the age . . . of the applicant is a reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment;

On further communication with the Commission, the appellants were advised that when their application concerning the constitutional validity of s. 9(a) was decided, the Commission would review its position, noting that it had recommended the abolition of mandatory retirement.

Judicial History

Gray J. of the Ontario High Court (1986), 57 O.R. (2d) 1, dismissed the appellants' application. The *Charter*, he held, did not apply to the mandatory retirement policies of the universities. There was no statutory provision directing or authorizing mandatory retirement. Though universities served public purposes, they were essentially private institutions. The fact that they were incorporated and heavily funded by government was insufficient to make them fall within the rubric of "government" to which the application of the *Charter* is limited by s. 32(1)(b). They were essentially autonomous bodies which ran their own affairs. As he put it, at pp. 21-22, "the "governmental function", "governmental control", "State action" or "nexus" which links the essentially private universities with the province is insufficient to invoke s. 32(1)(b) of the *Charter*". In the present context, he saw mandatory retirement as a "creature of contract, negotiated in good faith for the parties' own economic and other benefits" (p. 17).

Gray J., however, did conclude that, in denying persons 65 years of age or older the right to complain that their rights to equal treatment with respect to employment had been infringed, s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* offended s. 15(1) of the *Charter*. In the context of the contrac-

23. Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 4, à un traitement égal en matière d'emploi le fait:

b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge [. . .] si l'âge [. . .] du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;

À la suite d'autres échanges avec la Commission, celle-ci a avisé les appelants que lorsque la décision relative à la constitutionnalité de l'al. 9a) serait rendue, la Commission réexaminerait sa position, soulignant qu'elle avait recommandé l'abolition de la retraite obligatoire.

L'historique des procédures judiciaires

Le juge Gray de la Haute Cour de l'Ontario (1986), 57 O.R. (2d) 1, a rejeté la demande des appelants. Il a conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas aux politiques des universités en matière de retraite obligatoire. Aucune disposition législative n'ordonnait ni ne permettait la mise à la retraite obligatoire. Bien que les universités répondent à des objectifs publics, elles sont essentiellement des institutions privées. Le fait qu'elles soient constituées en personne morale et considérablement subventionnées par le gouvernement ne suffit pas à les faire relever de la rubrique «gouvernement» à laquelle l'al. 32(1)(b) limite l'application de la *Charte*. Elles sont essentiellement des organismes autonomes qui gèrent leurs propres affaires. Comme il le dit, aux pp. 21 et 22, [TRADUCTION] «la «fonction gouvernementale», le «contrôle gouvernemental», «l'action de l'État» ou le «lien» qui relie les universités en tant qu'organismes essentiellement privés à la province ne suffit pas pour invoquer l'al. 32(1)(b) de la *Charte*». Dans le présent contexte, il a considéré la mise à la retraite obligatoire comme le [TRADUCTION] «produit d'un contrat négocié de bonne foi pour le seul bénéfice économique et autre des parties» (p. 17).

Le juge Gray a toutefois conclu qu'en privant les personnes de 65 ans et plus du droit de se plaindre que leurs droits à l'égalité de traitement en matière d'emploi avaient été violés, l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* portait atteinte au par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, dans le contexte

tual relationships, however, he saw s. 9(a) as constituting a reasonable limit that is demonstrably justified in a free and democratic society in accordance with s. 1 of the *Charter*. He noted, at p. 32, that “Ramifications relating to the integrity of pension systems and the prospects for younger members of the labour force were the predominant concerns” of the legislature in limiting protection against age-based employment discrimination. These objectives and concerns were, in his opinion, “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right”.

On an appeal to the Ontario Court of Appeal (1987), 63 O.R. (2d) 1, the majority (Howland C.J.O. and Houlden, Thorson and Finlayson J.J.A.) found nothing in the enabling legislation creating the respondent universities that conflicts with the *Charter*. There is, they observed at p. 16, “no statutory restriction on the term of employment of faculty or staff”. In their opinion, the *Charter* has no direct application to the universities or to their contracts of employment with the appellants.

So far as s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* was concerned, the majority agreed with the conclusion of Gray J. that the section discriminates against staff over the age of 65 and denies them the equal treatment to which they are entitled under s. 15(1) of the *Charter*. The majority also agreed, at p. 41, that Gray J. was correct in finding that s. 9(a) of the Code was inconsistent with the *Charter* “without requiring the appellants to prove that the discrimination it created was “unreasonable””.

Gray J., however, had applied a lesser standard of scrutiny to legislation involving age-based discrimination than to other types of discrimination. The majority disagreed with this approach. The fact that the justification of discriminatory legislation will be more difficult in some cases than in others did not, in their view, mean that different

des rapports contractuels, il estimait que l'al. 9a) constituait une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*. Il a souligné, à la p. 32, que les [TRADUCTION] «[r]amifications concernant l'intégrité des régimes de retraite et les perspectives d'avenir des jeunes travailleurs étaient les préoccupations prédominantes» du législateur lorsqu'il a restreint la protection contre toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. À son avis, ces objectifs et préoccupations étaient [TRADUCTION] «suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution».

Suite à un appel interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario (1987), 63 O.R. (2d) 1, les juges formant la majorité (le juge en chef Howland et les juges Houlden, Thorson et Finlayson) ont conclu que rien dans la loi habilitante des universités intimées n'entraîne en conflit avec la *Charte*. Ils ont souligné, à la p. 16, qu'il n'y a [TRADUCTION] «aucune restriction légale imposée à la durée de l'emploi des professeurs ou du personnel de l'université». À leur avis, la *Charte* ne s'applique pas directement aux universités ni à leurs contrats de travail avec les appelants.

En ce qui concerne l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, les juges formant la majorité ont partagé la conclusion du juge Gray que la disposition était discriminatoire envers les membres du personnel de plus de 65 ans et les privait de l'égalité de traitement à laquelle ils ont droit en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. Les juges formant la majorité ont également convenu, à la p. 41, que le juge Gray avait eu raison de statuer que l'al. 9a) du Code était incompatible avec la *Charte* [TRADUCTION] «sans obliger les appelants à prouver que la discrimination créée était «déraisonnable»».

Le juge Gray avait cependant appliqué aux lois comportant une discrimination fondée sur l'âge une norme d'examen moins sévère que dans le cas d'autres types de discrimination. Les juges formant la majorité n'ont pas accepté cette méthode. À leur avis, le fait qu'il soit plus difficile de justifier une loi discriminatoire dans certains cas

standards of proof apply to different categories of cases. The onus of establishing s. 1 limitations on s. 15 rights “requires careful factual analysis in every case” (p. 47).

In the opinion of the majority, the Court of Appeal was in a position only to deal with the effect of the *Charter* on the provisions of s. 9(a) as they apply to mandatory retirement of the teaching staff and librarians of the universities. They, therefore, considered only evidence pertinent to the universities and found that, in the university context, the objectives of making it possible for parties to negotiate a mandatory retirement date in keeping with the tenure system, of preserving existing pension plans, and of facilitating faculty renewal, were pressing and substantial and, therefore, warrant overriding a constitutionally protected right.

The majority was further of the view that there exists a clear rational connection between the measures adopted by s. 9(a) and the objectives of that section in the university context. They concluded, as well, that the provisions of the impugned section impair “as little as possible” the right to freedom from discrimination on the basis of age in so far as they apply to the mandatory retirement policies of the universities. Nor were they persuaded that the measures imposed by the policies are out of proportion with the objectives of s. 9(a).

Blair J.A., dissenting, disagreed with the view that the compulsory retirement of tenured university professors and staff is justifiable under s. 1 of the *Charter*. In his opinion, the function of the court was to review the Code in order to determine whether it complies with the *Charter*. It was not open to it (at p. 67) “to read qualifications or exceptions into the statute which might under s. 1 justify a *Charter* infringement”. It was not free to restrict its examination of the provision to the university context alone. To do so would have the effect of amending the Code, something only the legislature is entitled to do. Furthermore (at p. 74), s. 9(a), “being facially invalid, is not a provi-

ne signifie pas que des normes de preuve différentes s’appliquent aux différentes catégories de cas. L’obligation de n’imposer aux droits reconnus à l’art. 15 que des limites qui respectent l’article premier [TRADUCTION] «exige un examen minutieux des faits de chaque cas» (p. 47).

De l’avis des juges formant la majorité, la Cour d’appel était seulement en mesure d’examiner l’effet de la *Charte* sur les dispositions de l’al. 9a) applicables à la retraite obligatoire du personnel enseignant et des bibliothécaires des universités. Les juges n’ont donc examiné que la preuve qui se rapportait aux universités et ont conclu que, dans le contexte universitaire, les objectifs de permettre aux parties de négocier une date de retraite obligatoire conforme au système de permanence, de conserver les régimes de retraite existants et de faciliter le renouvellement du corps professoral étaient urgents et réels et justifiaient donc la suppression d’un droit garanti par la Constitution.

Les juges formant la majorité ont également exprimé l’avis qu’il existe clairement un lien rationnel entre les mesures adoptées à l’al. 9a) et les objectifs de cette disposition dans le contexte universitaire. Ils ont conclu également que les dispositions de l’alinéa contesté portaient «le moins possible» atteinte au droit à la protection contre toute discrimination fondée sur l’âge dans la mesure où elles s’appliquent aux politiques de mise à la retraite obligatoire des universités. Ils n’étaient pas non plus convaincus que les mesures imposées par les politiques étaient disproportionnées aux objectifs de l’al. 9a).

Le juge Blair, dissident, ne souscrivait pas au point de vue que la retraite obligatoire des professeurs et du personnel permanents des universités se justifiait en vertu de l’article premier de la *Charte*. À son avis, le rôle de la cour était d’examiner le Code pour déterminer s’il était conforme à la *Charte*. La cour ne pouvait pas (à la p. 67) [TRADUCTION] «interpréter la Loi comme si elle contenait des réserves ou des exceptions qui pourraient, en vertu de l’article premier, justifier une violation de la *Charte*». Elle ne pouvait restreindre son examen de la disposition au seul contexte universitaire. Agir ainsi reviendrait à modifier le Code, ce que seul le législateur a le droit de faire. En outre

sion that can be saved by allowing a “constitutional exemption” to its operation where appropriate facts exist”. In his view, at p. 76, s. 9(a) “falls clearly within the category of legislative provisions which are inconsistent with the Charter” and is incapable of being applied to the appellants.

Although Blair J.A. agreed that s. 9(a) met the first two requirements of the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, he found, at p. 77, that it did not satisfy the third requirement that the measure adopted “should impair ‘as little as possible’ the right or freedom in question”. That section, rather than merely restricting the right under s. 15(1), eliminates it, since the Code provides no protection against age discrimination in employment after the age of 65.

Blair J.A. further remarked that, while his conclusion would be limited to a declaration that the appellants are not subject to compulsory retirement, it would have “wider ramifications” for the reason that it is based upon two findings applicable to all employees in Ontario: Those findings are that the impugned section is inconsistent with the *Charter* and that there are no standards within the Code upon which a justification of the denial under s. 1 of the *Charter* could be based.

Leave to appeal to this Court was granted and the following constitutional questions were stated:

1. Does s. 9(a) of the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, violate the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Is s. 9(a) of the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, demonstrably justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?
3. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the mandatory retirement provisions of the respondent universities?

(à la p. 74), l'al. 9a), [TRADUCTION] «étant invalide à première vue, n'est pas une disposition qui peut être sauvegardée au moyen d'une «exception constitutionnelle» à son application lorsque les faits appropriés existent». À son avis, à la p. 76, l'al. 9a) [TRADUCTION] «relève clairement de la catégorie des dispositions législatives qui sont incompatibles avec la Charte» et ne peut s'appliquer aux appelants.

Bien que le juge Blair ait reconnu que l'al. 9a) satisfaisait aux deux premières conditions du critère établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, il a conclu, à la p. 77, qu'il ne satisfaisait pas à la troisième condition selon laquelle la mesure adoptée [TRADUCTION] «devrait porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question». Au lieu de simplement restreindre le droit reconnu au par. 15(1), la disposition l'élimine puisque le Code ne fournit aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi aux personnes de plus de 65 ans.

Le juge Blair a souligné en outre que même s'il se limitait à déclarer que les appelants ne sont pas assujettis à la retraite obligatoire, sa décision aurait des [TRADUCTION] «ramifications plus étendues» parce qu'elle est fondée sur deux conclusions applicables à tous les employés de l'Ontario. Ces conclusions sont que la disposition contestée est incompatible avec la *Charte* et que le Code ne contient aucune norme permettant de justifier la négation en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?
3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

4. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, do the mandatory retirement provisions enacted by each of them infringe s. 15(1) of the *Charter*? a
5. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, are the mandatory retirement provisions enacted by each of them demonstrably justified by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*? b
4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*? a
5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*? b

The Attorneys General of Canada, Nova Scotia and Saskatchewan intervened.

Les procureurs généraux du Canada, de la Nouvelle-Écosse et de la Saskatchewan sont intervenus. c

As the constitutional questions indicate, the issues may be divided into two broad groups. The first concerns the possible effect of the *Charter* on the universities' mandatory retirement policies, the second concerns its possible effect on s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*. For convenience, I shall deal with the universities' policies first, beginning with the question whether the *Charter* applies to these policies at all. d

Comme l'indiquent les questions constitutionnelles, les questions peuvent être divisées en deux grandes catégories. La première concerne l'effet possible de la *Charte* sur les politiques des universités en matière de retraite obligatoire, la seconde concerne son effet possible sur l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*. Par souci de commodité, je vais d'abord traiter des politiques des universités en me demandant premièrement si la *Charte* s'applique à ces politiques. e

The Application of the *Charter*

The application of the *Charter* is set forth in s. 32(1), which reads: f

L'application de la *Charte*

L'application de la *Charte* est énoncée au par. 32(1), qui se lit ainsi:

32. (1) This Charter applies

32. (1) La présente charte s'applique:

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and g

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province. h

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

These words give a strong message that the *Charter* is confined to government action. This Court has repeatedly drawn attention to the fact that the *Charter* is essentially an instrument for checking the powers of government over the individual. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, Dickson J. (as he then was) observed: "It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms; it is not in itself an authorization for governmental action." In *Operation Dismantle Inc. v. The* i

Ces mots indiquent clairement que l'application de la *Charte* se restreint à l'action gouvernementale. Notre Cour a souligné à maintes reprises que la *Charte* est essentiellement un instrument de contrôle des pouvoirs du gouvernement sur le particulier. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S 145, à la p. 156, le juge Dickson (tel était alors son titre) fait remarquer: «Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir». Dans l'arrêt *Operation Dis-*

Queen, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 490, Wilson J. noted that “the central concern of [s. 7 of the *Charter*] is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens” (emphasis added). See also *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 347, *per* Dickson J.; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, especially at pp. 593-98; and *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530.

The exclusion of private activity from the *Charter* was not a result of happenstance. It was a deliberate choice which must be respected. We do not really know why this approach was taken, but several reasons suggest themselves. Historically, bills of rights, of which that of the United States is the great constitutional exemplar, have been directed at government. Government is the body that can enact and enforce rules and authoritatively impinge on individual freedom. Only government requires to be constitutionally shackled to preserve the rights of the individual. Others, it is true, may offend against the rights of individuals. This is especially true in a world in which economic life is largely left to the private sector where powerful private institutions are not directly affected by democratic forces. But government can either regulate these or create distinct bodies for the protection of human rights and the advancement of human dignity.

To open up all private and public action to judicial review could strangle the operation of society and, as put by counsel for the universities, “diminish the area of freedom within which individuals can act”. In *Re Bhindi and British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47, Nemetz C.J., speaking for the majority of the British Columbia Court of Appeal, made it clear that such an approach could seriously interfere with freedom of contract. It would mean reopening whole areas of settled law in several domains. For example, as has been stated: “In cases involving arrests, detentions, searches and the like, to apply the *Charter* to purely private action would be

mantle Inc. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 490, le juge Wilson a souligné que l’art. 7 de la *Charte* «a pour objet central [l’art. 7 de la *Charte*] l’ingérence directe du gouvernement dans la vie, la liberté et la sécurité personnelle des citoyens» (je souligne). Voir également les arrêts *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 347, le juge en chef Dickson; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, particulièrement aux pp. 593 à 598; et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530.

L’exclusion des activités privées de l’application de la *Charte* n’est le fruit du hasard. C’est un choix délibéré qu’il faut respecter. Nous ne savons pas vraiment pourquoi ce point de vue a été retenu, mais plusieurs raisons semblent s’imposer. Historiquement, les déclarations des droits, dont celle des États-Unis constitue l’exemple constitutionnel par excellence, visaient le gouvernement. C’est le gouvernement qui peut adopter et appliquer des règles et qui peut porter atteinte péremptoirement à la liberté individuelle. Seul le gouvernement a besoin de se voir imposer des contraintes dans la Constitution afin de préserver les droits des particuliers. Il est vrai que les atteintes aux droits des particuliers peuvent provenir d’autres sources. Cela est particulièrement vrai dans un monde où la vie économique est largement dominée par le secteur privé dont les institutions puissantes ne sont pas directement touchées par les forces démocratiques. Mais le gouvernement peut soit les réglementer soit créer des organismes distincts afin de protéger les droits de la personne et de promouvoir la dignité humaine.

Soumettre au contrôle judiciaire toutes les actions de nature privée et publique pourrait paralyser le fonctionnement de la société et, comme le disent les avocats des universités, [TRADUCTION] «restreindre la liberté d’action des particuliers». Dans l’arrêt *Re Bhindi and British Columbia Projectionists* (1986), 29 D.L.R. (4th) 47, le juge en chef Nemetz, s’exprimant au nom de la majorité de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, a dit clairement que cette conception pourrait porter sérieusement atteinte à la liberté contractuelle. Cela signifierait qu’il faudrait reconsidérer en entier plusieurs domaines où le droit est bien établi. Par exemple, comme on l’a déjà affirmé,

tantamount to setting up an alternative tort system” (see McLellan and Elman, “To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32” (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, at p. 367, cited in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, at p. 597). And that is by no means all.

Opening up private activities to judicial review could impose an impossible burden on the courts. Both government and the courts have recognized the need to limit judicial review by means, for example, of privative clauses and deference to specialized tribunals, techniques that would be unavailable in a *Charter* context. As well, as I noted earlier, government may, in many cases, establish more flexible means to deal with individual rights. Thus Human Rights Commissions have more flexible techniques for dealing with discriminatory practices without unduly constraining the exercise of other democratic rights that are extremely hard to balance; see McLellan and Elman, *ibid.*, and Tarnopolsky (now Mr. Justice Tarnopolsky), “The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms” (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 242, at p. 256.

The leading authority in this area is, of course, this Court’s decision in the *Dolphin Delivery* case, *supra*, which sets forth many other considerations of this kind. In that case, McIntyre J. made it clear that the *Charter* was by s. 32 limited in its application to Parliament and the legislatures, and to the executive and administrative branches of government. As he put it, at p. 598: “... s. 32 refers not to government in its generic sense — meaning the whole of the governmental apparatus of the state — but to a branch of government” (Emphasis added). So far as a legislature was concerned, he stated, it was only by way of legislation that it could infringe the *Charter*. Action by the executive and administrative branches of government would generally depend upon the legislation but there were also situations (which do not

«Dans les affaires où il est question d’arrestations, de détentions, de fouilles, de perquisitions et ainsi de suite, appliquer la Charte aux actions purement privées reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile» (voir McLellan et Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, à la p. 367, reproduit dans l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, à la p. 597). Et cela ne s’arrête certainement pas là.

Soumettre les activités privées au contrôle judiciaire pourrait imposer un fardeau impossible aux tribunaux. Tant le gouvernement que les tribunaux ont reconnu la nécessité de restreindre le contrôle judiciaire au moyen, par exemple, de clauses privatives et du principe de la retenue envers les tribunaux spécialisés, des techniques qu’on ne pourrait utiliser dans un contexte relevant de la *Charte*. En outre, comme je l’ai déjà souligné, le gouvernement peut, dans plusieurs cas, prévoir des moyens plus souples pour traiter les droits des particuliers. Ainsi, les commissions des droits de la personne disposent de techniques plus souples pour examiner les pratiques discriminatoires sans restreindre indûment l’exercice d’autres droits démocratiques qui sont extrêmement difficiles à contrebalancer; voir McLellan et Elman, *ibid.*, et Tarnopolsky (maintenant juge), «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1983), 61 *R. du B. can.* 242, à la p. 256.

Dans ce domaine, l’arrêt *Dolphin Delivery*, précité, de notre Cour est évidemment l’arrêt de principe qui énonce de nombreuses autres considérations du même ordre. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a expliqué clairement que l’art. 32 limitait l’application de la *Charte* au Parlement et aux législatures ainsi qu’aux branches exécutive et administrative du gouvernement. Comme il le dit, à la p. 598: «... l’art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général — c’est-à-dire au sens de l’ensemble de l’appareil gouvernemental de l’État — mais plutôt une branche de gouvernement» (je souligne.) En ce qui concerne la législation d’une province, il a affirmé que c’est seulement au moyen d’une loi que celle-ci pourrait porter atteinte à la *Charte*. Les actions des branches exécutive et administrative du gouvernement

concern us here) where it could depend on common law rules or the prerogative.

McIntyre J. thus carefully limited the *Charter's* application to Parliament and the legislatures and the executive and administrative branches of government. It is significant, too, that in buttressing his view as to the meaning of government, he relied not only on its general meaning, but also on the manner in which the words were used in the *Constitution Act, 1867*. He thus put it, at p. 598:

The word 'government', following as it does the words 'Parliament' and 'Legislature', must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government. This is the sense in which one generally speaks of the Government of Canada or of a province. I am of the opinion that the word 'government' is used in s. 32 of the *Charter* in the sense of the executive government of Canada and the Provinces. This is the sense in which the words 'Government of Canada' are ordinarily employed in other sections of the *Constitution Act, 1867*. Sections 12, 16, and 132 all refer to the Parliament and the Government of Canada as separate entities. The words 'Government of Canada', particularly where they follow a reference to the word 'Parliament', almost always refer to the executive government.

The Court in *Dolphin Delivery* did not have to decide on the extent to which the *Charter* applies to the actions of subordinate bodies that are created and supported by Parliament or the legislatures, but it did leave open the possibility that such bodies could be governed by the *Charter*. Thus, McIntyre J. stated, at p. 602:

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures.

It was not incumbent upon him to define more closely the scope of government or to enter into the question of what could constitute action by the government.

The appellants first argued that "universities constitute part of the legislature or government of

se fonderaient généralement sur une loi, mais il y avait également des situations (qui ne nous intéressent pas en l'espèce) où elles pourraient se fonder sur des règles de common law ou sur la
a prerogative.

Le juge McIntyre a donc pris soin de restreindre l'application de la *Charte* au Parlement et aux législatures ainsi qu'aux branches exécutive et administrative du gouvernement. Il est également significatif qu'en voulant étayer son opinion sur le sens du terme «gouvernement», il se soit appuyé non seulement sur son sens général, mais également sur la manière dont on a utilisé les mots dans
b la *Loi constitutionnelle de 1867*. C'est ainsi qu'il affirme, à la p. 598:

Le terme «gouvernement», qui suit les termes «Parlement» et «législature», doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot «gouvernement» utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. C'est en ce sens que l'expression «gouvernement du Canada» est ordinairement utilisée dans d'autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 12, 16 et 132 désignent tous le Parlement et le gouvernement du Canada comme des entités distinctes. L'expression «gouvernement du Canada», en particulier lorsqu'elle
d suit le mot «Parlement», désigne presque toujours le pouvoir exécutif.

Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour n'avait pas à déterminer dans quelle mesure la *Charte* s'appliquait aux actions des organismes subordonnés créés et subventionnés par le Parlement ou les législatures, mais elle n'a pas écarté la possibilité que ces organismes soient régis par la *Charte*. Le juge McIntyre affirme donc, à la p. 602:

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organismes créés par le Parlement et les législatures.

Le juge McIntyre n'était pas tenu de définir plus précisément le champ d'action du gouvernement ni de déterminer ce qui pouvait constituer une action gouvernementale.

Les appelants ont d'abord soutenu que [TRANSDUCTION] «les universités font partie de la législa-

the province within the meaning of s. 32 of the **Charter**, insofar as they are creatures of statute which exercise powers pursuant to statute and carry out a public function pursuant to statutory authority". Undoubtedly, as the Court of Appeal recognized, a statute providing for mandatory retirement in the universities would violate s. 15 of the *Charter*, and it is also true that the government could not do so in the exercise of a statutory power. That is because, as McIntyre J. pointed out, they — the legislative, executive and administrative branches of government — are the actors to whom the *Charter* applies under s. 32(1).

Slaight Communications Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038, affords a recent example of a situation where action pursuant to statutory power was held to fall within the ambit of the *Charter*. That case dealt with an order of an adjudicator appointed by the Minister of Labour which was alleged to infringe the employer's *Charter* right of freedom of expression. The *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, is, of course, a statute regulating labour relations within federal competence. As part of the machinery for the settlement of labour disputes, the Minister was authorized to appoint an arbitrator who, under s. 61.5(9)(c), was given a number of discretionary powers to effect that purpose. The arbitrator was, therefore, part of the governmental administrative machinery for effecting the specific purpose of the statute. It would be strange if the legislature and the government could evade their *Charter* responsibility by appointing a person to carry out the purposes of the statute. Section 61.5(9)(c) was, therefore, "interpreted as conferring on the adjudicator a power to require the employer to do any other thing that it is equitable to require the employer to do in order to remedy or counteract any consequence of the dismissal" that is consistent with the *Charter*. The close nexus between the statute and the legislative scheme and governmental administration is immediately obvious.

But the mere fact that an entity is a creature of statute and has been given the legal attributes of a

ture ou du gouvernement de la province au sens de l'art. 32 de la **Charte**, dans la mesure où elles sont des créatures de la loi qui exercent des pouvoirs conformément à la loi et exécutent une fonction publique conformément à un pouvoir légal». Comme la Cour d'appel l'a reconnu, il est clair qu'une loi qui prévoirait la retraite obligatoire dans les universités violerait l'art. 15 de la *Charte* et il est également vrai que le gouvernement ne pourrait pas agir ainsi dans l'exercice d'un pouvoir légal, et ce, comme le juge McIntyre l'a souligné, parce que les branches législative, exécutive et administrative du gouvernement sont les acteurs auxquels s'applique la *Charte* en vertu du par. 32(1).

L'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, est un exemple récent d'une situation où la Cour a décidé que l'action accomplie conformément à un pouvoir légal relevait de la portée de la *Charte*. Cette affaire portait sur une ordonnance d'un arbitre désigné par le ministre du Travail qui, prétendait-on, avait violé le droit de l'employé à la liberté d'expression prévu par la *Charte*. Le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, est évidemment une loi qui régit les relations de travail de compétence fédérale. Parmi les mécanismes de règlement des différends en matière de travail, le Ministre pouvait désigner un arbitre qui disposait, en vertu de l'al. 61.5(9)c), d'un certain nombre de pouvoirs discrétionnaires pour régler les différends. L'arbitre faisait donc partie des rouages administratifs gouvernementaux qui permettent de réaliser l'objet précis de la Loi. Il serait étrange que la législature et le gouvernement puissent se soustraire à la responsabilité qui leur incombe en vertu de la *Charte* en désignant une personne chargée de réaliser les objets de la Loi. On a donc interprété l'al. 61.5(9)c) «comme conférant à l'arbitre le pouvoir de requérir l'employeur de faire toute autre chose qu'il juge équitable d'ordonner afin de contrebalancer les effets du congédiement ou d'y remédier» de façon conforme à la *Charte*. Le lien étroit entre la Loi et le régime législatif et l'administration gouvernementale ressort immédiatement.

Mais le simple fait qu'une entité soit créée par une loi et se voie conférer les attributs juridiques

natural person is in no way sufficient to make its actions subject to the *Charter*. Such an entity may be established to facilitate the performance of tasks that those seeking incorporation wish to undertake and to control, not to facilitate the performance of tasks assigned to government. It would significantly undermine the obvious purpose of s. 32 to confine the application of the *Charter* to legislative and government action to apply it to private corporations, and it would fly in the face of the justifications for so confining the *Charter* to which I have already referred. In *Re Bhindi and British Columbia Projectionists*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal refused to apply the *Charter* to a collective agreement though such agreements are provided for by statute (they were unenforceable at common law) and the legal status of the union itself derived from statute. The employer, too, was a creature of statute. The majority of the court had this to say, at p. 54:

In my opinion, Mr. Justice Gibbs was right in rejecting the extension of the Charter to a private contract such as this. It is a rare commercial contract which does not *ex facie* infringe on some freedom set out in s. 2 or some legal right under s. 7. To include such private commercial contracts under the scrutiny of the Charter could create havoc in the commercial life of the country.

The appellants strongly relied on a statement by Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 671, cited by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, at p. 1078, to the effect that Parliament and the legislatures cannot authorize action by others that would be in breach of the *Charter*. That statement would, no doubt, be true of a situation such as occurred in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, where a statute authorizes a person to exercise a discretion in the course of performing a governmental objective. But the *Charter* was not intended to cover activities by non-governmental entities created by government for legally facilitating private individuals to do things of their own choosing without engaging governmental responsibility.

d'une personne physique ne suffit aucunement à assujettir ses actions à la *Charte*. Il se peut que cette entité soit établie pour faciliter l'exécution de tâches que les auteurs de la demande de constitution en personne morale veulent entreprendre et contrôler, et non pour faciliter l'exécution de tâches confiées au gouvernement. Ce serait porter sérieusement atteinte à l'objet clair de l'art. 32, qui est de restreindre l'application de la *Charte* aux actions législatives et gouvernementales, que d'en étendre l'application aux sociétés privées et ce serait faire fi des motifs déjà mentionnés qui justifient de restreindre ainsi l'application de ces restrictions de la *Charte*. Dans l'arrêt *Re Bhindi and British Columbia Projectionists*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé d'appliquer la *Charte* à une convention collective bien que ces conventions soient prévues par une loi (elles étaient inexécutives en common law) et que le statut juridique du syndicat lui-même tire sa source de la loi. L'employeur était lui aussi une créature de la loi. La cour à la majorité dit ceci, à la p. 54:

[TRADUCTION] À mon avis, le juge Gibbs a eu raison de refuser d'étendre l'application de la Charte à un contrat privé comme celui-ci. Il s'agit d'un contrat commercial rare qui, à première vue, ne porte pas atteinte à une liberté énoncée à l'art. 2 ou à une garantie juridique reconnue à l'art. 7. Assujettir de tels contrats commerciaux de nature privée à un examen fondé sur la Charte pourrait avoir des effets dévastateurs sur la vie commerciale du pays.

Les appelants se sont fortement appuyés sur une affirmation faite par Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 671, que notre Cour a citée dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, à la p. 1078, selon laquelle le Parlement et les législatures ne peuvent permettre à des tiers d'accomplir des actions contraires à la *Charte*. Il en est certes ainsi dans une situation comme celle de l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, où une loi permet à une personne d'exercer un pouvoir discrétionnaire dans la réalisation d'un objectif gouvernemental. Mais la *Charte* n'avait pas pour but de s'appliquer aux activités des entités non gouvernementales créées par le gouvernement pour aider légalement les particuliers à poursuivre les activités de leur choix

Professor Hogg himself makes this clear, at n. 140 on p. 677:

There is perhaps a faint argument that the Charter applies to the actions of all Canadian corporations, whether publicly or privately owned, and even if they are engaged only in commercial activity. The argument would start from the premise that the existence and powers of a modern corporation depend upon the statute which authorized its incorporation. In that sense, it could be argued, all modern corporations act under statutory authority and should be held to be bound by the Charter. But the better view is that a corporation, once it has been brought into existence and empowered (admittedly under statutory authority), is thereafter exercising the same proprietary and contractual powers as are available to any private person.

The situation just described is entirely different from requiring a person to do something, and it is different also from empowering someone within the government apparatus to do something. It is true that Hogg, in the first of the passages referred to — a passage cited with approval by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson* — includes universities among a number of governmental institutions exercising statutory power bound by the *Charter*. It should be underlined, however, that the passage was cited in *Slaight Communications Inc. v. Davidson* in support of the proposition that the *Charter* covers a discretionary exercise of authority under a statute in effecting the statutory scheme. The case did not more widely address the issue of what entities may form part of the governmental apparatus, and cannot be taken as accepting Professor Hogg's inclusion of universities among entities like the Governor in Council and administrative tribunals (which was all that was in question in that case) that are obviously part of government, a question which, of course, is a central issue in the present case.

The appellants sought to draw a distinction between commercial corporations and corporations serving a public interest (or at least to confine

sans engager la responsabilité du gouvernement. Le professeur Hogg lui-même l'explique clairement dans la note 140, à la p. 677:

[TRADUCTION] Peut-être y a-t-il un argument faible en faveur de l'application de la *Charte* aux actions de toutes les sociétés canadiennes, tant publiques que privées, et ce, même si elles exercent seulement des activités commerciales. L'argument partirait de la prémisse que l'existence et les pouvoirs d'une société moderne dépendent de la loi qui l'a constituée en personne morale. Dans ce sens, on pourrait prétendre que toutes les sociétés modernes agissent en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elles devraient donc être liées par la *Charte*. Mais l'opinion préférable est qu'une société, lorsqu'elle est créée et se voit conférer des pouvoirs (manifestement en vertu d'un texte législatif), exerce donc par la suite les mêmes pouvoirs en matière de propriété et de contrat que tout particulier.

La situation qui vient d'être décrite est tout à fait différente de celle où une personne est tenue de faire quelque chose, et elle est également différente de celle où une personne a le pouvoir de faire quelque chose à l'intérieur de l'appareil gouvernemental. Il est vrai que, dans le premier passage mentionné — un passage cité et approuvé par notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson* — le professeur Hogg inclut les universités parmi un certain nombre d'institutions gouvernementales exerçant un pouvoir légal et liées par la *Charte*. Il convient cependant de souligner que le passage a été cité, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, à l'appui de la proposition que la *Charte* vise un exercice discrétionnaire du pouvoir conféré par une loi dans la mise en œuvre du régime législatif. L'arrêt ne porte pas sur la question plus large de savoir quelles entités peuvent faire partie de l'appareil gouvernemental et ne peut être interprété comme acceptant l'inclusion par le professeur Hogg des universités parmi les entités comme le gouverneur en conseil et les tribunaux administratifs (qui représentent tout ce dont il était question dans cette affaire) qui font évidemment partie du gouvernement, une question qui est évidemment cruciale en l'espèce.

Les appelants ont tenté d'établir une distinction entre les sociétés commerciales et les sociétés qui servent un intérêt public (ou à tout le moins de

their argument to the latter). In this context, the appellants cited a number of cases holding that statutory bodies exercising powers of decision may be subjected to judicial review by the courts to ensure that they perform their duties and do so fairly; see *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board (No. 2)*, [1980] 1 S.C.R. 602, and especially the reasons of Dickson J. (as he then was).

It was not disputed that the universities are statutory bodies performing a public service. As such, they may be subjected to the judicial review of certain decisions, but this does not in itself make them part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Essentially, the prerogative writs were designed to ensure that administrative decision-making was legally and procedurally correct. They did not deal with substantive rights like those enshrined in the *Charter* and their scope extends beyond what one would normally characterize as government. In a word, the basis of the exercise of supervisory jurisdiction by the courts is not that the universities are government, but that they are public decision-makers. As Beetz J. observed in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 594, it is only "in a sense" that a university may be regarded as a public body. It is clear from that case that judicial review may be available in certain circumstances even though a university may be an autonomous body. The following passage from Beetz J.'s reasons, at pp. 594-95, is instructive:

The Act incorporates a university and does not alter the traditional nature of such an institution as a community of scholars and students enjoying substantial internal autonomy. While a university incorporated by statute and subsidized by public funds may in a sense be regarded as a public service entrusted with the responsibility of insuring the higher education of a large number of citizens, as was held in *Polten* [(1975), 59 D.L.R. (3d) 197], its immediate and direct responsibility extends primarily to its present members and, in practice, its governing bodies function as domestic tribunals when they act in a quasi-judicial capacity. The Act

restreindre leur argumentation à ces dernières). Dans ce contexte, les appelants ont cité un certain nombre d'arrêts portant que les organismes créés par la loi qui exercent des pouvoirs décisionnels peuvent être assujettis au contrôle judiciaire pour veiller à ce qu'ils exécutent leurs obligations, et ce, équitablement; voir l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, et particulièrement les motifs du juge Dickson (plus tard Juge en chef).

On n'a pas contesté que les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public. Comme telles, certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire, mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Les brefs de prérogative avaient essentiellement pour but d'assurer que l'instance décisionnelle administrative avait agi conformément à la loi et à la procédure. Ils ne traitaient pas de droits fondamentaux comme ceux consacrés dans la *Charte* et leur portée s'étend au-delà de ce qu'on pourrait normalement qualifier de gouvernement. Bref, ce qui justifie l'exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics. Comme le juge Beetz l'a souligné dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 594, ce n'est que «dans un sens» qu'une université peut être considérée comme un organisme public. Il ressort clairement de cet arrêt que le contrôle judiciaire peut être exercé dans certaines circonstances même si une université peut être un organisme autonome. L'extrait suivant des motifs du juge Beetz, aux pp. 594 et 595, est révélateur:

La Loi constitue une université et ne modifie pas la nature traditionnelle de cette institution, soit un groupe de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable. Même si une université constituée par une loi et bénéficiaire de fonds publics peut, dans un sens, être considérée comme un service public chargé de dispenser l'enseignement supérieur à un grand nombre de citoyens, comme [on] l'a jugé dans l'arrêt *Polten* [(1975), 59 D.L.R. (3d) 197], sa responsabilité immédiate et expresse s'étend d'abord à ses membres actuels et, en pratique, ses organes directeurs fonctionnent à titre de tribunaux internes lorsqu'ils agissent en

countenances the domestic autonomy of the university by making provision for the solution of conflicts within the university.

The *Charter* apart, there is no question of the power of the universities to negotiate contracts and collective agreements with their employees and to include within them provisions for mandatory retirement. These actions are not taken under statutory compulsion, so a *Charter* attack cannot be sustained on that ground. There is nothing to indicate that in entering into these arrangements, the universities were in any way following the dictates of the government. They were acting purely on their own initiative. Unless, then, it can be established that they form part of government, the universities' action here cannot fall within the ambit of the *Charter*. That cannot be answered by the mere fact that they are incorporated and perform an important public service. Many institutions in our society perform functions that are undeniably of an important public nature, but are undoubtedly not part of the government. These can include railroads and airlines, as well as symphonies and institutions of learning. And this may be so even though they are subjected to extensive governmental regulations and even assistance from the public purse, as Beetz J.'s statement from *Harelkin v. University of Regina* indicates; see also *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974), *per* Rehnquist J., for the court, at pp. 350-51. I would refer, in this respect, to McIntyre J.'s statement in *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 598, that s. 32(1) does not refer "to government in its generic sense — meaning the whole of the governmental apparatus of the state". A public purpose test is simply inadequate. It is fraught with difficulty and uncertainty. It is simply not the test mandated by s. 32. As Wellington, "The Constitution, the Labor Union and "Governmental Action"" (1961), 70 *Yale L.J.* 345, has stated, at p. 374, in relation to the United States Constitution:

leur capacité quasi-judiciaire. La Loi sanctionne l'autonomie interne de l'université en prévoyant le règlement des conflits à l'intérieur même de l'université.

^a La *Charte* mise à part, il n'est pas question du pouvoir des universités de négocier des contrats et des conventions collectives avec leurs employés et d'y inclure des dispositions en matière de retraite obligatoire. Ces actions ne sont pas accomplies sous la contrainte de la loi de sorte qu'une contestation fondée sur la *Charte* ne peut réussir sur ce moyen. Rien n'indique qu'en concluant ces ententes, les universités répondaient de quelque façon que ce soit à la volonté du gouvernement. Elles agissaient purement de leur propre initiative. Or, à moins de pouvoir établir que les universités font partie du gouvernement, leurs actions en l'espèce ne peuvent relever de la *Charte*. On ne peut simplement rétorquer qu'elles sont constituées en personne morale et fournissent un important service public. Plusieurs institutions de notre société exercent des fonctions qui sont incontestablement de nature publique importante, tout en ne faisant certainement pas partie du gouvernement. Ces institutions comprennent les chemins de fer et les transporteurs aériens ainsi que les orchestres symphoniques et les écoles d'apprentissage. Et il peut en être ainsi même si elles sont assujetties à une réglementation gouvernementale étendue et même si elles bénéficient de l'aide du trésor public, comme l'indique l'affirmation du juge Beetz dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*; voir également l'arrêt *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974), le juge Rehnquist au nom de la cour, aux pp. 350 et 351. Je renverrais, à cet égard, à l'affirmation du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 598, selon laquelle le par. 32(1) ne désigne pas «le gouvernement au sens général — c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État.» Le critère de l'objet public est simplement inadéquat. Il regorge de difficultés et d'incertitudes. Ce n'est tout simplement pas le critère qu'impose l'art. 32. Comme le professeur Wellington l'affirme dans «The Constitution, the Labor Union and "Governmental Action"» (1961), 70 *Yale L.J.* 345, à la p. 374, au sujet de la Constitution des États-Unis:

The easy conclusion, shared by too many “bold thinkers”, that “whenever any organization or group performs a function of a sufficiently important public nature, it can be said to be performing a governmental function and thus should have its actions considered against the broad provisions of the Constitution” is wrong. Like most easy conclusions about most hard governmental problems it lacks the institutional feel. Perhaps there are private groups in society to which the Constitution should be applied. But one thing is clear: that conclusion should depend on more than an awareness that the group commands great power or performs a function of an important public nature.

In attempting to support the view that government went beyond the administrative and executive branches of the government of Canada and the provinces but included statutory bodies serving the public interest, the appellants referred to *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (Ont. H.C.), where Linden J. expressed the view that municipalities are part of the government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Assuming the correctness of Linden J.’s view, about which I express no opinion, I agree with the Court of Appeal that, if the *Charter* covers municipalities, it is because municipalities perform a quintessentially governmental function. They enact coercive laws binding on the public generally, for which offenders may be punished; see also *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.), per Callaghan J., at p. 528. The same can obviously not be said of universities. I hasten to add that I agree with my colleague Wilson J. that the *Charter* is not limited to entities which discharge functions that are inherently governmental in nature. As to what other entities may be subject to the *Charter* by virtue of the functions they perform, I would think that more would have to be shown than that they engaged in activities or the provision of services that are subject to the legislative jurisdiction of either the federal or provincial

[TRADUCTION] La conclusion facile, partagée par un trop grand nombre «d’esprits novateurs», selon laquelle «chaque fois qu’une organisation ou un groupe exécute une fonction de nature publique suffisamment importante, on peut dire qu’il exécute une fonction gouvernementale et que ses actions devraient être ainsi examinées en fonction des dispositions générales de la Constitution» est erronée. Comme la plupart des conclusions faciles tirées au sujet des problèmes gouvernementaux les plus épineux, elle ne tient pas compte de la dimension institutionnelle. Peut-être y-a-t-il dans la société des groupes privés auxquels la Constitution devrait s’appliquer. Mais une chose est certaine: cette conclusion devrait tenir à quelque chose de plus que la conscience que le groupe dispose d’un grand pouvoir ou exerce une fonction d’une nature publique importante.

À l’appui de leur prétention que le terme gouvernement ne vise pas seulement les branches administrative et exécutive du gouvernement du Canada et des provinces mais comprend les organismes créés par la loi qui servent l’intérêt public, les appelants ont invoqué l’arrêt *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.), où le juge Linden a exprimé l’avis que les municipalités font partie du gouvernement au sens de l’art. 32 de la *Charte*. En supposant que l’opinion du juge Linden, au sujet de laquelle je n’exprime aucun avis, soit juste, je suis d’accord avec la Cour d’appel pour dire que si la *Charte* vise les municipalités, c’est parce que les municipalités exercent une fonction purement gouvernementale. Elles adoptent des règles qui ont force de loi auprès du public en général et prévoient des peines pour ceux qui y contreviennent; voir également la décision *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (C. div. Ont.), le juge Callaghan, à la p. 528. On ne peut pas évidemment en dire autant des universités. Je m’empresse d’ajouter que je conviens avec le juge Wilson que l’application de la *Charte* n’est pas limitée aux entités qui remplissent des fonctions de nature essentiellement gouvernementale. Quant aux autres entités auxquelles la *Charte* peut s’appliquer en raison des fonctions qu’elles exercent, je croirais qu’il ne faudrait pas se contenter de démontrer qu’elles se sont adonnées à des activités ou à la fourniture de services qui relèvent de la compétence législative des gouvernements fédéral ou provinciaux. Il me semble que ma collègue le

governments. It seems to me that my colleague Wilson J. takes the contrary view. To the extent that she does, I respectfully disagree.

The appellants also submit that the universities constitute part of the government under s. 32 of the *Charter* having regard to the nature of their relationship to the provincial government. The entire context must, they say, be looked at including the facts that they are established by statute which determines their powers, objects and governmental structures, that their historical development was as part of a public system of post-secondary education, that their survival depends on public funding, and that government structures largely coordinate and regulate their activities, through operating and capital grants, special funds, control over tuition fees and approval of new programs.

There is no question that the relationship of government to Canadian universities has always been significantly different from that existing in Europe when communities of scholars first banded together to pursue learning. From the early days of this country, several of the provinces acted to establish provincial universities, one of which, of course, was the University of Toronto which was established by the Ontario legislature in 1859. Its governing statute is now *The University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, c. 56. Other universities were created out of specialized educational bodies under the direct control of the province, such as the University of Guelph, which was created in its present form in 1964 by *The University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, c. 120. Others were founded by private groups for religious and linguistic purposes such as Sacred Heart College in Sudbury, which became Laurentian University with the passage of *The Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, c. 151, rep. & sub. 1961-62, c. 154, ss. 1-7. Others, like York University, were originally affiliates of older universities but later became separate universities: *The York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143. These statutes set out the universities' powers, functions, privileges and governing structure. While these vary from university to university, they are in

juge Wilson adopte le point de vue contraire. En toute déférence, je suis en désaccord avec elle dans la mesure où elle le fait.

Les appelants soutiennent également que les universités font partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*, eu égard à la nature de leurs rapports avec le gouvernement provincial. Selon eux, il faut tenir compte du contexte en entier, dont le fait qu'elles soient créées par des lois qui déterminent leurs pouvoirs, leurs objets et leur organisation interne, que leur évolution historique se soit inscrite dans un système d'éducation public post-secondaire, que leur survie dépende de fonds publics et que des organismes gouvernementaux coordonnent et réglementent en grande partie leurs activités au moyen de subventions de fonctionnement et d'immobilisations, de fonds particuliers, d'un contrôle des frais de scolarité et de l'approbation de nouveaux programmes.

Il est certain que les rapports entre le gouvernement et les universités canadiennes ont toujours été très différents de ceux qui existent en Europe où des groupes d'érudits se sont d'abord formés pour poursuivre des études. Depuis les origines de notre pays, plusieurs provinces ont entrepris de créer des universités, parmi lesquelles on retrouve évidemment l'Université de Toronto qui a été créée par la législature ontarienne en 1859. La loi qui la régit actuellement est l'*University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, ch. 56. D'autres universités ont été créées à partir d'établissements d'enseignement spécialisé contrôlés directement par la province, comme l'Université de Guelph, qui a été créée sous sa forme actuelle en 1964 par l'*University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, ch. 120. D'autres universités ont été fondées par des groupes privés à des fins religieuses et linguistiques comme le Sacred Heart College de Sudbury qui est devenu l'Université Laurentienne avec l'adoption de la *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, abr. & rempl. 1961-62, ch. 154, art. 1 à 7. D'autres universités, comme l'Université York, étaient à l'origine affiliées à des universités plus anciennes mais sont devenues ultérieurement des universités distinctes: *York University Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 143. Ces lois déterminent les pouvoirs, les fonctions, les privilèges et l'organisa-

general much the same. As well, the *University Expropriation Powers Act*, R.S.O. 1980, c. 516, gives them expropriation powers, a matter not in issue here. The *Degree Granting Act, 1983*, S.O. 1983, c. 36, restricts the entities that can operate a university and grant university degrees.

There can be no doubt that the reshaping in the 1950s and 1960s of the universities of Ontario (a process that also occurred in other provinces) resulted from provincial policies aimed at promoting higher education. Nor did the Legislature confine itself to rationalizing the existing system. It heavily funds universities on an ongoing basis. The operating grants alone range, according to the evidence, between a low for York of 68.8% of its operating funds to a high for Guelph of 78.9%. The Ontario Council on University Affairs makes annual global funding recommendations to the government, but the latter assumes responsibility for determining the amounts. It also effectively defines tuition fees within a formula that limits the universities' discretion within a narrow scope. The province also provides most of the funds for capital expenditures, and provides special funds earmarked to meet specific policies. It exercises considerable control over new programs by requiring that they be specifically approved to be eligible for public funds.

It is evident from what has been recounted that the universities' fate is largely in the hands of government and that the universities are subjected to important limitations on what they can do, either by regulation or because of their dependence on government funds. It by no means follows, however, that the universities are organs of government. There are many other entities that receive government funding to accomplish policy objectives governments seek to promote. The fact is that each of the universities has its own governing

tion interne des universités. Bien que ces éléments varient d'une université à l'autre, généralement, ils ne diffèrent pas beaucoup. En outre, la *Loi sur les pouvoirs des universités en matière d'expropriation*, L.R.O. 1980, ch. 516, leur accorde des pouvoirs d'expropriation, bien qu'il n'en soit pas question en l'espèce. La *Loi de 1983 sur l'attribution de grades universitaires*, L.O. 1983, ch. 36, limite les entités qui peuvent exploiter une université et accorder des diplômes universitaires.

Il est certain que la réorganisation des universités de l'Ontario au cours des années cinquante et soixante (un processus qui s'est également déroulé dans d'autres provinces) résulte des politiques provinciales visant à promouvoir les études supérieures. La Législature ne s'est pas restreinte non plus à rationaliser le système existant. Elle subventionne considérablement les universités de façon permanente. D'après la preuve, à elles seules, les subventions de fonctionnement varient entre un minimum de 68,8 pour 100 des fonds de fonctionnement dans le cas de York et un maximum de 78,9 pour 100 dans le cas de Guelph. Le Conseil des affaires universitaires de l'Ontario présente annuellement des recommandations globales de financement au gouvernement, mais celui-ci a la responsabilité de fixer les montants. Il établit aussi effectivement les frais de scolarité selon une formule qui restreint le pouvoir discrétionnaire des universités. La province verse également la plupart des fonds pour les dépenses en immobilisations et fournit des fonds spéciaux distincts pour donner suite à des politiques précises. Elle exerce un contrôle important sur les nouveaux programmes en exigeant qu'ils soient spécifiquement approuvés pour pouvoir bénéficier des fonds publics.

Il ressort de ce qui précède que le sort des universités est en grande partie entre les mains du gouvernement et que leurs pouvoirs sont assujettis à des restrictions importantes soit par des règlements soit parce qu'elles dépendent des fonds du gouvernement. Cependant, il ne s'ensuit absolument pas que les universités sont des organes de gouvernement. Il y a plusieurs autres entités qui sont financées par le gouvernement en vue de réaliser les objectifs des politiques que le gouvernement cherche à promouvoir. En réalité, chaque

body. Only a minority of its members (or in the case of York, none) are appointed by the Lieutenant-Governor in Council, and their duty is not to act at the direction of the government but in the interests of the university (see, for example, s. 2(3) of *The University of Toronto Act, 1971*). The remaining members are officers of the Faculty, the students, the administrative staff and the alumni.

The government thus has no legal power to control the universities even if it wished to do so. Though the universities, like other private organizations, are subject to government regulations and in large measure depend on government funds, they manage their own affairs and allocate these funds, as well as those from tuition, endowment funds and other sources. What Beetz J. said of the University of Regina in *Harelkin v. University of Regina, supra*, in the passage at pp. 594-95, quoted above, applies equally here. I simply reiterate his general conclusion: "The Act incorporates a university and does not alter the traditional nature of such an institution as a community of scholars and students enjoying substantial internal autonomy." In short, I fully share the following conclusion of the Court of Appeal (1987), 63 O.R. (2d) 1, at pp. 24-25:

The fact is that the universities are autonomous, they have boards of governors, or a governing council, the majority of whose members are elected or appointed independent of government. They pursue their own goals within the legislated limitations of their incorporation. With respect to the employment of professors, they are masters in their own houses.

The legal autonomy of the universities is fully buttressed by their traditional position in society. Any attempt by government to influence university decisions, especially decisions regarding appointment, tenure and dismissal of academic staff, would be strenuously resisted by the universities on the basis that this could lead to breaches of academic freedom. In a word, these are not government decisions. Though the legislature may determine much of the environment in which

université a son corps dirigeant. Seul un petit nombre de ses membres (et dans le cas de York il n'y en a aucun) sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil et leur fonction n'est pas d'agir selon les directives du gouvernement mais dans l'intérêt de l'université (voir, par exemple, le par. 2(3) de l'*University of Toronto Act, 1971*). Les autres membres sont choisis parmi les dirigeants du corps professoral, les étudiants, le personnel administratif et les anciens.

Légalement, le gouvernement n'a donc aucun pouvoir de régir les universités même s'il voulait le faire. Bien que les universités, comme d'autres organismes privés, soient assujetties à la réglementation gouvernementale et dépendent en grande partie de fonds publics, elles dirigent leurs propres affaires et répartissent ces sommes ainsi que celles qui proviennent des frais de scolarité, de fondations et d'autres sources. Ce que le juge Beetz a dit au sujet de l'Université de Regina dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, précité, dans l'extrait aux pp. 594 et 595, reproduit antérieurement, s'applique tout autant en l'espèce. Je répète simplement sa conclusion générale: «La Loi constitue une université et ne modifie pas la nature traditionnelle de cette institution, soit un groupement de professeurs et d'étudiants jouissant d'une autonomie interne appréciable». Bref, je suis tout à fait d'accord avec la conclusion suivante de la Cour d'appel (1987), 63 O.R. (2d) 1, aux pp. 24 et 25:

[TRADUCTION] En réalité, les universités sont autonomes, elles ont des bureaux de gouverneurs ou un conseil des gouverneurs, dont la majorité des membres sont élus ou nommés indépendamment du gouvernement. Elles poursuivent leurs propres objectifs dans les limites de leur loi constitutive. Quant à l'embauche des professeurs, elles sont maîtres chez elles.

L'autonomie en droit des universités est entièrement étayée par leur rôle traditionnel dans la société. Toute tentative du gouvernement d'influencer les décisions des universités, particulièrement celles qui concernent la nomination, la permanence et le renvoi de membres du personnel enseignant, ferait l'objet d'une opposition acharnée de la part des universités puisque cela pourrait conduire à des violations de la liberté académique. En un mot, ce ne sont pas des décisions du gouver-

universities operate, the reality is that they function as autonomous bodies within that environment. There may be situations in respect of specific activities where it can fairly be said that the decision is that of the government, or that the government sufficiently partakes in the decision as to make it an act of government, but there is nothing here to indicate any participation in the decision by the government and, as noted, there is no statutory requirement imposing mandatory retirement on the universities.

I should perhaps note that a similar approach has been followed in the United States. For example, in *Greenya v. George Washington University*, 512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975), the court refused to find the university to be a governmental entity, though it was incorporated by the state, was given tax exemption and received federal capital funding and funding for some of its programs. A similar approach has been followed in respect of other entities rendering public services that are heavily regulated by government (see *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, *supra* — there a public utility) or that are heavily funded (see *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982) — there a nursing school where virtually all the school's funds were derived from government funding).

It is true that there are some cases where United States courts did hold that significant government funding constitutes sufficient state involvement to trigger constitutional guarantees, but these were largely confined to cases of racial discrimination which was the prime target of the 14th Amendment (see *Greenya v. George Washington University*, *supra*, at p. 560). As Professor (now Mr. Justice) Tarnopolsky has noted in a passage quoted by the Court of Appeal (at pp. 21-22), these judicial intrusions, devised to meet a problem particular to the United States, should not be imported here; see "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" *supra*, at p. 256. Nor is there reason to consider the American authorities on state universities;

nement. Bien que la législature puisse délimiter en grande partie le milieu dans lequel les universités fonctionnent, la réalité est qu'elles fonctionnent comme des organismes autonomes dans ce milieu. Il peut y avoir des situations relatives à des activités spécifiques où l'on peut dire à juste titre que la décision est celle du gouvernement ou que la participation gouvernementale à la décision est suffisante pour en faire un acte du gouvernement, mais rien n'indique en l'espèce que le gouvernement a participé à la décision et, comme je l'ai souligné, la loi n'impose pas la retraite obligatoire aux universités.

Je devrais peut-être souligner que la même démarche a été suivie aux États-Unis. Par exemple, dans la décision *Greenya v. George Washington University*, 512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975), la cour a refusé de conclure que l'université était une entité gouvernementale, bien qu'elle ait été constituée par l'État et qu'elle ait bénéficié d'une exemption fiscale et reçu du fédéral des fonds destinés aux immobilisations et des subventions pour certains de ses programmes. On a retenu le même point de vue à l'égard d'autres entités qui rendent des services publics fortement réglementés par le gouvernement (voir l'arrêt *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, précité — un service public dans cette affaire) ou fortement subventionnés (voir l'arrêt *Blum v. Yaretsky*, 457 U.S. 991 (1982) — dans ce cas, une école d'infirmières dont presque tous les fonds provenaient du gouvernement).

Il est vrai qu'il existe des cas où les tribunaux américains ont conclu que la participation financière importante du gouvernement suffisait à déclencher l'application des garanties constitutionnelles, mais il s'agissait dans bien des cas de discrimination raciale, principale cible du Quatorzième amendement (voir l'arrêt *Greenya v. George Washington University*, précité, à la p. 560). Comme le professeur Tarnopolsky (maintenant juge) l'a souligné dans un passage cité par la Cour d'appel (aux pp. 21 et 22), ces ingérences des tribunaux, destinées à résoudre un problème particulier aux États-Unis, ne devraient pas s'appliquer ici; voir «The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms», précité, à la p. 256. Il n'y a pas de raison non plus d'examiner la

Canadian universities, as I have explained, are private entities.

I, therefore, conclude that the respondent universities do not form part of the government apparatus, so their actions, as such, do not fall within the ambit of the *Charter*. Nor in establishing mandatory retirement for faculty and staff were they implementing a governmental policy.

With deference to my colleague Wilson J., I do not rest this conclusion on a belief that “the role of government should be strictly confined” and that “[s]ocial and economic ordering should be left to the private sector” (at p. 342). My conclusion is not that universities cannot in any circumstances be found to be part of government for the purposes of the *Charter*, but rather that the appellant universities are not part of government given the manner in which they are presently organized and governed. By way of parenthesis, I would note that it seems to me that if one were indeed committed to the doctrine of “constitutionalism” as my colleague describes it (at p. 342), one would interpret government for the purposes of s. 32(1) as broadly as possible, and not in “its narrowest sense”.

The foregoing is sufficient to dispose of the issues concerning the mandatory retirement policies of the universities. However, I also propose to discuss the issue of whether, on the assumption that the universities form part of the apparatus of government, these policies violate s. 15 of the *Charter*. Not only was it fully argued. It is of considerable assistance in considering other issues in this appeal by throwing light on the repercussions of mandatory retirement on the organization of the workplace generally which figures largely on other issues in this appeal. It also is of relevance in considering a number of the issues in the companion cases. The university setting is not, of course, a perfect microcosm of the larger whole. I recognize that each sector of the workplace will have different dynamics depending on the individual configuration of that sector, whether it is managerial, professional, technical, skilled or unskilled, whether or not it has a seniority or tenure system

jurisprudence et la doctrine américaines relatives aux universités d’État; comme je l’ai expliqué, les universités canadiennes sont des entités privées.

^a Je conclus donc que les universités intimées ne font pas partie de l’appareil gouvernemental de sorte que leurs actions, en tant que telles, ne relèvent pas de la *Charte*. Elles ne mettaient pas non plus en œuvre une politique gouvernementale en prévoyant la retraite obligatoire de son personnel enseignant et de ses employés.

^b En toute déférence pour l’opinion de ma collègue le juge Wilson, je ne fonde pas cette conclusion sur la croyance que «le rôle du gouvernement devrait être défini restrictivement» et que «[l]’ordre social et économique devrait relever du secteur privé» (à la p. 342). Je conclus non pas qu’on ne saurait en aucun cas conclure que les universités font partie du gouvernement aux fins de la *Charte*, mais plutôt que les universités intimées ne font pas partie du gouvernement compte tenu de leurs modes d’organisation et de gestion actuels. Je souligne, en passant, qu’il me semble que si on était vraiment tenu d’appliquer la théorie du «constitutionnalisme» décrite par ma collègue (à la p. 342), le terme «gouvernement» aux fins du par. 32(1) serait interprété aussi largement que possible et non dans «son sens le plus restreint».

^c Ce qui précède suffit pour trancher les questions concernant les politiques de mise à la retraite obligatoire des universités. Toutefois, je compte examiner également la question de savoir si, en supposant que les universités font partie de l’appareil gouvernemental, ces politiques violent l’art. 15 de la *Charte*. Cette question n’a pas seulement fait l’objet d’un débat en bonne et due forme. Elle est d’une très grande utilité pour examiner les autres questions de ce pourvoi, car elle nous éclaire sur les repercussions de la retraite obligatoire sur l’organisation du milieu du travail en général, qui fait l’objet en grande partie des autres questions de ce pourvoi. Elle est également pertinente pour examiner un certain nombre de questions dans les pourvois connexes. Le milieu universitaire n’est évidemment pas un parfait microcosme de l’ensemble de la société. Je reconnais que chaque secteur du milieu du travail possède une dynamique différente qui dépend de sa configuration particulière selon

attached to it, and whatever the physical and intellectual demands of the work may be. But there are many common or related features.

Do the University Policies Violate s. 15?

I now propose to deal with the question whether the universities' policies on mandatory retirement violate s. 15 of the *Charter* on the basis of the assumption that the universities form part of "government" apparatus within the meaning of s. 32(1) of the *Charter*.

"Law"

For section 15 of the *Charter* to come into operation, the alleged inequality must be one made by "law". The most obvious form of law for this purpose is, of course, a statute or regulation. It is clear, however, that it would be easy for government to circumvent the *Charter* if the term law were to be restricted to these formal types of law-making. It seems obvious from what McIntyre J. had to say in the *Dolphin Delivery* case that he intended that exercise by government of a statutory power or discretion would, if exercised in a discriminatory manner prohibited by s. 15, constitute an infringement of that provision. At all events, this Court has now acted on this basis in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*; see also the remarks of Linden J. in *Re McCutcheon and City of Toronto*, *supra*, at p. 202. On the assumption that the universities form part of the fabric of government, I would have thought their policies on mandatory retirement would amount to a law for the purposes of s. 15 of the *Charter*. Indeed, in most of the universities, these policies were adopted by the universities in a formal manner. That being so, the fact that they were accepted by the employees should not alter their characterization as law, although this would be a factor to be considered in deciding whether under the circumstances the infringement constituted a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

In the case of some of the universities, however, it may not be as clear that one is dealing with

qu'il s'agit d'un milieu de gestion, d'un milieu professionnel, technique, spécialisé ou non; selon qu'il possède ou non un régime d'ancienneté ou de permanence; et selon les exigences physiques et intellectuelles requises par le travail. Mais les éléments communs ou connexes sont nombreux.

Les politiques des universités violent-elles l'art. 15?

Je vais maintenant déterminer, en supposant que les universités font partie de l'appareil du «gouvernement» au sens du par. 32(1) de la *Charte*, si les politiques des universités en matière de retraite obligatoire violent l'art. 15 de la *Charte*.

«Loi»

Pour que l'art. 15 de la *Charte* s'applique, l'inégalité dont on se plaint doit découler de la «loi». À cet égard, le texte législatif ou réglementaire constitue la forme de loi la plus claire. Il est cependant évident que le gouvernement pourrait facilement contourner la *Charte* si le terme loi devait être restreint à ces façons formelles de légiférer. Il semble ressortir clairement des propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery* que, selon lui, le gouvernement violerait l'art. 15 s'il exerçait d'une manière discriminatoire prohibée par cet article un pouvoir ou une discrétion conférés par un texte législatif. Quoi qu'il en soit, notre Cour s'est fondée sur ce raisonnement dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité; voir également les observations du juge Linden dans l'arrêt *Re McCutcheon and City of Toronto*, précité, à la p. 202. En supposant que les universités font partie de l'appareil gouvernemental, j'aurais cru que leurs politiques en matière de retraite obligatoire équivaldraient à une loi aux fins de l'art. 15 de la *Charte*. En effet, dans la plupart des cas, les universités ont adopté ces politiques d'une manière formelle. Cela étant, le fait que les employés les aient acceptées ne devrait pas modifier leur qualification de loi, même si cela serait un facteur à considérer pour décider si, dans les circonstances, la violation constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Toutefois, dans le cas de certaines universités, il peut arriver qu'il ne soit pas aussi évident que l'on

university policy as simply an agreement entered into with a view to respond to what is really desired by the employees. Here again, however, I am unwilling to accept that a power by government to contract should include the power to contract in violation of a *Charter* right. It would be easy for the legislatures and governments to evade the restrictions of the *Charter* by simply voting money for the promotion of certain schemes. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, *supra*, at p. 459, Dickson J. drew attention to the possibility "that if the supremacy of the Constitution expressed in s. 52 is to be meaningful, then all acts taken pursuant to powers granted by law will fall within s. 52". I have no doubt that this is true of s. 15 of the *Charter*. One need simply examine s. 15(2) which provides that s. 15(1) "does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups . . ." (emphasis added). There would be no need to refer to programs and activities if s. 15(1) were confined to legislative activity. This is supported by the experience in the United States. In that country, no court ever appears to have suggested that the equal protection of the law or due process is restricted to legislative activity. Rather, the cases appear to afford protection against discriminatory state action whether by way of legislation or conduct; see *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

It may be that the acceptance of a contractual obligation could, in some circumstances, constitute a waiver of a *Charter* right especially in a case like mandatory retirement, which not only imposes burdens, but benefits on employees. On the whole, though, I think such an arrangement would usually require justification as a reasonable limit under s. 1. That is especially true in the case of a collective agreement, which may or may not really find favour with individual employees subject to discrimination. In the present case, I am, therefore, of the view that the mandatory retirement

considère leur politique comme une simple entente conclue en vue de répondre à ce que les employés souhaitent vraiment. Encore là, cependant, je ne suis pas disposé à accepter que le pouvoir du gouvernement de contracter doive comprendre celui de contracter en violation d'un droit garanti par la *Charte*. Il serait facile pour les législatures et les gouvernements de contourner les restrictions de la *Charte* en procédant simplement à des affectations de crédits pour promouvoir certaines initiatives. Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, précité, à la p. 459, le juge Dickson, attire l'attention sur la possibilité «que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relève[nt] de l'art. 52». Je n'ai aucun doute que cela est vrai dans le cas de l'art. 15 de la *Charte*. On n'a qu'à examiner le par. 15(2) qui prévoit que le par. 15(1) «n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés . . .» (je souligne). Il ne serait pas nécessaire de mentionner des programmes et des activités si le par. 15(1) était limité à l'activité législative. Cela est confirmé par l'expérience américaine. Aux États-Unis, aucun tribunal ne semble avoir déjà dit que la protection égale de la loi ou l'application régulière du droit est restreinte à l'activité législative. La jurisprudence paraît plutôt accorder une protection contre l'action discriminatoire de l'État, résultant d'une loi ou d'une conduite; voir les arrêts *Bakke v. Regents of the University of California*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

L'acceptation d'une obligation contractuelle pourrait peut-être, dans certaines circonstances, constituer une renonciation à un droit reconnu par la *Charte*, surtout dans un cas comme la retraite obligatoire qui n'impose pas seulement des obligations, mais qui procure aussi des avantages aux employés. Cependant, dans l'ensemble, je pense qu'une telle entente devrait normalement être justifiée comme une limite raisonnable au sens de l'article premier. Cela est particulièrement vrai dans le cas d'une convention collective, qui peut ou non gagner vraiment la faveur des employés victi-

provisions are law even if they are as much desired by the unions as by the universities.

Discrimination

Assuming the policies of the universities are law, it seems difficult to argue in light of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, that they are not discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* since the distinction is based on the enumerated personal characteristic of age. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, this Court applied the following test for discrimination under s. 15(1), at pp. 174-75:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

There is no doubt that the policies, agreements and regulations impose burdens on the employees. In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 368, employment was described as follows:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

Mandatory retirement takes this away, on the basis of a personal characteristic attributed to an individual solely because of his association with a group.

mes de discrimination. En l'espèce, j'estime donc que les dispositions sur la retraite obligatoire constituent une loi même si elles sont tout autant désirées par les syndicats que par les universités.

^a *Discrimination*

En supposant que les politiques des universités constituent une loi, il semble difficile de prétendre, compte tenu de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, qu'elles ne sont pas discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte* puisque la distinction est fondée sur la caractéristique personnelle de l'âge énumérée dans cette disposition. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, notre Cour a appliqué le critère suivant pour déterminer s'il y a discrimination au sens du par. 15(1), aux pp. 174 et 175:

^d J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

^g Il est certain que les politiques, les ententes et les règlements imposent des obligations aux employés. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 368, on a décrit l'emploi de la façon suivante:

^h Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

^j La retraite obligatoire supprime tous ces avantages, et ce, en raison d'une caractéristique personnelle attribuée à un seul individu en raison de son association avec un groupe.

Two arguments were put forward for the proposition that even in light of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, the mandatory retirement provisions in issue here do not violate s. 15. First, it was argued that the words “without discrimination” in s. 15 require more than a mere finding of adverse distinction, but also require proof of irrationality, stereotypical assumptions and prejudice, for if this were not the case, universally accepted and manifestly desirable legal distinctions would be viewed as violations of s. 15 and require justification under s. 1 of the *Charter*. It was somewhat weakly argued that a mandatory retirement policy is not based on irrelevant personal differences or stereotypical assumptions, but rather is motivated by “administrative, institutional and socio-economic” considerations. This is all irrelevant, since as *Andrews v. Law Society of British Columbia* made clear in the above-cited passage, not only does the *Charter* protect from direct or intentional discrimination, it also protects from adverse impact discrimination, which is what is in issue here.

The second argument was that the similarly situated test is still the governing test, provided it is not applied mechanically. Simply put, I do not believe that the similarly situated test can be applied other than mechanically, and I do not believe that it survived *Andrews v. Law Society of British Columbia*.

I therefore have no hesitation in concluding that the policies of the universities violate s. 15 of the *Charter*, on the assumption, of course, that they are “law” and that the *Charter* applies to the universities. They make a distinction based upon an enumerated ground to the disadvantage of individuals aged 65 and over. What requires examination then is whether this distinction constitutes a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* to the right accorded under s. 15.

Deux arguments ont été avancés pour affirmer que même, compte tenu de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, les dispositions sur la retraite obligatoire dont il est question en l'espèce ne violent pas l'art. 15. Premièrement, on a fait valoir que l'expression «indépendamment de toute discrimination» à l'art. 15 exige non seulement une simple constatation de distinction défavorable, mais encore la preuve d'une absurdité, de suppositions et de préjugés stéréotypés, car autrement, des distinctions juridiques universellement acceptées et manifestement souhaitables seraient considérées comme des violations de l'art. 15 et exigeraient une justification en vertu de l'article premier de la *Charte*. On a prétendu, sans grande conviction, qu'une politique de retraite obligatoire n'est pas fondée sur des différences personnelles non pertinentes ou des suppositions stéréotypées, mais résulte plutôt de considérations [TRADUCTION] «administratives, institutionnelles et socio-économiques». Rien de tout cela n'est pertinent, car il ressort clairement de l'extrait précité de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia* que non seulement la *Charte* confère une protection contre une discrimination directe ou intentionnelle, mais encore elle confère une protection contre la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, ce dont il est question en l'espèce.

Le deuxième argument est que le critère de la situation analogue est toujours le critère applicable pourvu qu'il ne soit pas appliqué machinalement. Tout simplement, je ne crois pas que le critère de la situation analogue puisse être appliqué autrement que d'une façon machinale et je ne crois pas qu'il ait survécu à l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*.

Je conclus donc sans hésitation que les politiques des universités violent l'art. 15 de la *Charte*, en supposant évidemment qu'elles constituent une «loi» et que la *Charte* s'applique aux universités. Elles établissent une distinction fondée sur un motif énuméré au détriment des personnes de 65 ans et plus. Il faut donc examiner si cette distinction constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* quant au droit garanti par l'art. 15.

Section 1 of the Charter
General

The approach to be followed in weighing whether a law constitutes a reasonable limit to a *Charter* right has been stated on many occasions beginning with *R. v. Oakes*, *supra*, and I need merely summarize it here. The onus of justifying a limitation to a *Charter* right rests on the parties seeking to uphold the limitation. The starting point of the inquiry is an assessment of the objectives of the law to determine whether they are sufficiently important to warrant the limitation of the constitutional right. The challenged law is then subjected to a proportionality test in which the objective of the impugned law is balanced against the nature of the right, the extent of its infringement and the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society.

This balancing task, as the Court recently stated in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90, should not be approached in a mechanistic fashion. For, as was there said, "While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature." Indeed, early in the development of the balancing test, Dickson C.J. underlined that "Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards"; see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69. Speaking specifically on s. 15 in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, at p. 198, I thus ventured to articulate the considerations to be borne in mind:

The degree to which a free and democratic society such as Canada should tolerate differentiation based on personal characteristics cannot be ascertained by an easy calculus. There will rarely, if ever, be a perfect congruence between means and ends, save where legislation has discriminatory purposes. The matter must, as

L'article premier de la Charte
Considérations générales

La méthode qu'il faut suivre pour déterminer si une loi impose une limite raisonnable à un droit reconnu par la *Charte* a été énoncée à maintes reprises, à commencer par l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, et il suffit simplement que je la résume ici. L'obligation de justifier la limite imposée à un droit reconnu par la *Charte* incombe aux parties qui veulent la maintenir. Le point de départ de l'analyse consiste à évaluer les objectifs de la loi pour déterminer s'ils sont suffisamment importants pour justifier la limitation du droit garanti par la Constitution. La loi contestée est ensuite assujettie à un critère de proportionnalité où l'objectif de cette loi est soupesé en fonction de la nature du droit, de l'étendue de sa violation et de la mesure dans laquelle la limite apportée favorise d'autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique.

Comme la Cour l'a récemment affirmé dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490, il faut, en effectuant cette évaluation, éviter de recourir à une méthode mécaniste. En effet, comme on l'a dit dans cet arrêt, «Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir». D'ailleurs, au début de la formulation de ce critère d'évaluation, le juge en chef Dickson a souligné que «Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides»; voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769. Traitant précisément de l'art. 15 dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, à la p. 198, j'ai alors entrepris d'énoncer les considérations qu'il faut avoir à l'esprit:

Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques personnelles. Il y aura rarement, si jamais il peut y en avoir, de correspondance parfaite entre les moyens et les fins sauf si la loi a des objectifs discriminatoires. Comme

earlier cases have held, involve a test of proportionality. In cases of this kind, the test must be approached in a flexible manner. The analysis should be functional, focussing on the character of the classification in question, the constitutional and societal importance of the interests adversely affected, the relative importance to the individuals affected of the benefit of which they are deprived, and the importance of the state interest.

I should add that by state interest, here I include not only those where the state itself is, in the words of the majority in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994, “the singular antagonist”, typically prosecuting crime, but also where the state interest involves “the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce . . . resources”. I shall have more to say about this later.

I turn, then, to the objectives of the “law”.

Objectives

The universities advance a combination of intertwined purposes to justify their policies of mandatory retirement which have been put into place by collective and other agreements and pension plans. The central objectives of these policies, they say, are intended: (1) to enhance and maintain their capacity to seek and maintain excellence by permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal; and, (2) to preserve academic freedom and the collegial form of association by minimizing distinctive modes of performance evaluation. These combined objectives, I have no doubt, meet the “objectives test”. Certainly, excellence in higher education is an admirable aim and should be fostered. The preservation of academic freedom is also an objective of pressing and substantial importance.

Proportionality

It then becomes necessary to assess whether the measures adopted are appropriate and proportional to the objectives sought. In carrying out this assessment, Dickson C.J., in *R. v. Edwards Books*

il ressort de décisions antérieures, un critère de proportionnalité doit jouer. Dans des cas comme celui-ci, le critère doit être abordé d’une manière souple. L’analyse devrait être pratique et porter sur la nature de la classification en question, l’importance des intérêts lésés sur les plans de la Constitution et de la société, l’importance relative que revêt pour les individus touchés l’avantage dont ils sont privés et l’importance de l’intérêt de l’État.

b Je devrais ajouter que par intérêt de l’État, j’inclus ici non seulement les cas où l’État lui-même est, pour reprendre les propos de la Cour à la majorité dans l’arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994, «l’adversaire singulier» qui poursuit habituellement les criminels, mais également ceux où l’intérêt de l’État comprend «la conciliation de revendications contraires de groupes ou d’individus ou la répartition de ressources . . . limitées». Je m’étendrai davantage sur ce point plus loin.

J’examine maintenant les objectifs de la «loi».

Objectifs

e Les universités soumettent une combinaison d’objectifs intimement liés pour justifier leurs politiques de mise à la retraite obligatoire instaurées dans les conventions collectives ou autres ententes et les régimes de retraite. Selon elles, les principaux objectifs de ces politiques sont: (1) accroître et conserver leur aptitude à rechercher et à maintenir l’excellence en faisant usage de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral; et, (2) préserver la liberté académique et la collégialité en réduisant au minimum les modes distincts d’évaluation du rendement. Je ne doute pas que la combinaison de ces objectifs satisfait au «critère des objectifs». Il est certain que l’excellence en matière d’études supérieures est un objectif admirable et devrait être favorisée. La préservation de la liberté académique est également un objectif dont l’importance est urgente et réelle.

Proportionnalité

j Il devient donc nécessaire de déterminer si les mesures adoptées sont appropriées et proportionnelles aux objectifs visés. En procédant à cette évaluation, le juge en chef Dickson, dans l’arrêt *R.*

and Art Ltd., *supra*, at p. 768, has set out a three-step approach that must ordinarily be taken in the following passage:

Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights.

Rationality

The next question then is whether the policies of mandatory retirement are rationally connected to the objectives sought by the universities by these policies.

To answer this question, it becomes imperative to look briefly at the relationship between the needs of the universities and the tenure of faculty members. By and large, members of a faculty begin their careers in university in their late 20s to mid-30s and with retirement age at 65 this means that they continue on staff for some thirty to thirty-five years. During this period, they must have a great measure of security of employment if they are to have the freedom necessary to the maintenance of academic excellence which is or should be the hallmark of a university. Tenure provides the necessary academic freedom to allow free and fearless search for knowledge and the propagation of ideas. Rigorous initial assessment is necessary as are further assessments in relation to merit increases, promotion and the like. But apart from this, and excepting cases of flagrant misconduct, incompetence or lack of performance, strict performance appraisals are non-existent and, indeed, in many areas assessment is extremely difficult. In a tenured system, then, there is always the possibility of dismissal for cause but the level of interference with or evaluation of faculty members' performance is quite low. The desire to avoid such evaluation does not, as I see it, relate solely or even principally to administrative convenience. Rather, the desire is to maximize academic freedom by minimizing interference and evaluation.

c. Edwards Books and Art Ltd., précité, à la p. 768, a établi une démarche en trois étapes qu'il faut suivre habituellement:

En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

c Rationalité

La question suivante est de savoir si les politiques de mise à la retraite obligatoire ont un lien rationnel avec les objectifs que visent les universités par ces politiques.

Pour répondre à cette question, il est impératif d'examiner brièvement le rapport entre les besoins des universités et la permanence des membres du corps professoral. De façon générale, les professeurs commencent leur carrière à l'université entre la fin de la vingtaine et le milieu de la trentaine et, s'ils prennent leur retraite à 65 ans, cela signifie qu'ils font partie du personnel pendant quelque trente à trente-cinq ans. Au cours de cette période, ils doivent bénéficier d'une très grande sécurité d'emploi s'ils veulent avoir la liberté nécessaire pour maintenir l'excellence en matière d'enseignement qui est ou devrait être la marque distinctive d'une université. La permanence procure la liberté académique nécessaire à la recherche du savoir et au rayonnement des idées en toute liberté. Une évaluation initiale rigoureuse est nécessaire comme le sont d'autres évaluations en ce qui concerne les augmentations et les promotions au mérite et ainsi de suite. Mais sous réserve de cet aspect, et sauf dans les cas d'inconduite flagrante, d'incompétence ou d'absence de rendement, les évaluations sévères de rendement n'existent pas et, en réalité, l'évaluation est extrêmement difficile dans plusieurs domaines. Or, dans un système fondé sur la permanence, il y a toujours la possibilité de renvoi motivé, mais on intervient très peu dans l'évaluation du rendement des professeurs. À mon avis, la volonté d'éviter ces évaluations ne s'explique pas

Elimination of mandatory retirement would adversely affect this for there could well be an increase in evaluation and attempts to dismiss for cause, though it must be said that evidence on this point is unavoidably lacking. The general situation is well stated by the Court of Appeal, at p. 54:

The policy of tenure in university faculties is fundamental to the preservation of academic freedom. It involves a vigorous assessment by one's peers of academic performance after a probationary period of up to five years. Once tenure is granted, it provides a truly free and innovative learning and research environment. Faculty members can take unpopular positions without fear of loss of employment. It provides stability of employment, because once an academic is found worthy of tenure by his or her peers, he or she can be assured of keeping that position until death, or the normal age of retirement, unless there is termination for cause following a properly conducted hearing before one's peers. This is based usually on gross misconduct, incompetence, or persistent failure to discharge academic responsibilities. Collegial governance is also a safeguard of academic freedom. In addition to tenure, peer review is involved in promotions, merit increases, appointment to senior administrative posts in a department or faculty, and eligibility for research grants. Without mandatory retirement, the imposition of a stricter performance appraisal system might be required. It would be fraught with many difficulties, and would probably require an assessment by one's peers or by outside experts. It could not be unilaterally imposed by university administration because of the role of the faculty or faculty associations in the governance of the university.

Mandatory retirement is thus intimately tied to the tenure system. It is true that many universities and colleges in the United States do not have a mandatory retirement but have maintained a tenure system. That does not affect the rationality of the policies, however, because mandatory retirement clearly supports the tenure system. Besides,

seulement ni même principalement par des raisons de commodité administrative. La volonté est plutôt de maximiser la liberté académique en minimisant les interventions et les évaluations. L'élimination de la retraite obligatoire aurait donc un effet préjudiciable à cet égard, car il pourrait fort bien y avoir augmentation des évaluations et des tentatives de renvoi motivé, bien qu'il faille dire qu'à cet égard la preuve est malencontreusement déficiente. La Cour d'appel décrit bien la situation générale, à la p. 54:

[TRADUCTION] La politique de la permanence des professeurs d'université est fondamentale à la préservation de la liberté académique. Elle comporte une évaluation rigoureuse du rendement par ses pairs après une période d'essai qui peut durer jusqu'à cinq ans. Une fois accordée, la permanence offre un milieu d'apprentissage et de recherche vraiment libre et innovateur. Les membres du corps professoral peuvent défendre des idées impopulaires sans craindre de perdre leur emploi. Elle procure une stabilité d'emploi parce que lorsque les collègues d'un professeur ont décidé que la permanence devait lui être accordée, celui-ci peut être assuré de conserver son emploi jusqu'à son décès ou jusqu'à l'âge normal de la retraite, à moins qu'il n'y ait renvoi motivé à la suite d'une audience régulière devant ses collègues. Ce congédiement découle habituellement d'une inconduite flagrante, de l'incompétence ou de l'omission continue de remplir ses obligations de professeur. La gestion collégiale est également une garantie de la liberté académique. En plus de la permanence, l'examen du rendement par les collègues a lieu à l'occasion de promotions, d'augmentations au mérite, de nominations à des postes administratifs supérieurs dans un département ou une faculté et de l'admissibilité à des subventions de recherche. En l'absence de la retraite obligatoire, un système plus sévère d'évaluation du rendement pourrait être requis. Il serait empreint de plusieurs difficultés et exigerait probablement que l'évaluation soit faite par les collègues ou par des experts de l'extérieur. La direction de l'université ne pourrait l'imposer unilatéralement en raison du rôle des professeurs ou des associations de professeurs dans l'administration de l'université.

La retraite obligatoire est donc intimement liée au système de la permanence. Il est vrai que plusieurs universités et collèges aux États-Unis ne prévoient pas la retraite obligatoire, mais ils ont conservé un système de permanence. Cela ne touche cependant en rien la rationalité des politiques parce que la retraite obligatoire justifie clai-

such an approach, as the Court of Appeal observed, would demand an alternative means of dismissal, likely requiring competency hearings and dismissal for cause. Such an approach would be difficult and costly and constitute a demeaning affront to individual dignity.

Mandatory retirement not only supports the tenure system which undergirds the specific and necessary ambience of university life. It ensures continuing faculty renewal, a necessary process to enable universities to be centres of excellence. Universities need to be on the cutting edge of new discoveries and ideas, and this requires a continuing infusion of new people. In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people. Mandatory retirement achieves this in an orderly way that permits long-term planning both by the universities and the individual.

There are, it is true, conflicting arguments and evidence about the effect of mandatory retirement on faculty renewal. There is evidence that losing faculty to retirement does generate new jobs for younger faculty. There is also evidence that this is not always the case and that often the correlation is not on an even one-to-one basis, i.e., it does not necessarily follow that for every faculty member who retires, a new one is hired. That there is some correlation, however, cannot, on my view of the evidence, be denied in a closed system like a university. It is a question of resource allocation and some resources are obviously freed when a teaching member retires. A similar approach has been judicially approved in the United States. In *Lamb v. Scripps College*, 627 F.2d 1015 (1980), the United States Court of Appeals, Ninth Circuit, accepted the legitimacy of the following justifications for mandatory retirement in the academic context, at p. 1022:

rement le système de la permanence. En outre, comme la Cour d'appel l'a souligné, une telle conception commanderait une autre méthode de congédiement qui nécessiterait vraisemblablement la tenue d'audiences sur la compétence et le renvoi motivé. Cette conception serait donc d'application difficile et coûteuse, et constituerait un grave affront à la dignité personnelle.

La retraite obligatoire ne justifie pas seulement le système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire. Elle assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. Les universités doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées, et cela exige l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu.

Il est vrai qu'il existe des arguments et des éléments de preuve contraires quant à l'effet de la retraite obligatoire sur le renouvellement du corps professoral. Il y a preuve que la perte d'un professeur qui prend sa retraite crée de nouveaux emplois pour des professeurs plus jeunes. Il y a également preuve qu'il n'en est pas toujours ainsi et que souvent il n'y a pas d'équivalence parfaite, c'est-à-dire qu'il ne s'ensuit pas nécessairement que pour chaque professeur qui prend sa retraite, un nouveau professeur est embauché. D'après mon examen de la preuve, on ne peut cependant nier l'existence d'une certaine corrélation dans un système fermé comme une université. C'est une question de répartition des ressources et certaines ressources sont évidemment libérées lorsqu'un professeur prend sa retraite. Aux États-Unis, les tribunaux ont retenu un point de vue semblable. Dans l'arrêt *Lamb v. Scripps College*, 627 F.2d 1015 (1980), à la p. 1022, la Cour d'appel des États-Unis, neuvième circuit, a reconnu le caractère légitime des justifications suivantes de la retraite obligatoire en contexte universitaire:

... the opening of positions for younger professors and minorities; relieving the financial burden caused by the retention of highly paid senior employees; and avoiding the difficulty of assessing individual performances for purposes of good cause discharges.

See also *Palmer v. Ticcione*, 576 F.2d 459 (1978), which adopts the same rationale for other sectors.

From the above considerations, I have no difficulty in concluding that there is a rational connection between the university policies on mandatory retirement and the objectives sought to be achieved by those policies. I turn, then, to the question whether measures to attain these objectives infringed the right as little as possible.

Minimal Impairment

In assessing proportionality and particularly the issue whether there has been a minimal impairment to a constitutionally guaranteed right, it must be remembered that we are concerned here with measures that attempt to strike a balance between the claims of legitimate but competing social values. In the case of broadly based social measures like these, where government seeks to mediate between competing groups, it is by no means easy to determine with precision where the balance is to be struck. As the majority of this Court observed in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 993:

Thus, in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck.

The approach taken to these cases has been marked by considerable flexibility having regard to the difficulty of the choices, their impact on different sectors of society and the inherent advantages in a democratic society of the legislature in assessing these matters. Implicit in earlier cases, this was expressly adopted in *Irwin Toy Ltd. v.*

[TRADUCTION] ... l'ouverture de postes pour les jeunes professeurs et les minorités, l'allégement des obligations financières liées au maintien en poste d'employés supérieurs à salaire élevé, et le fait d'éviter les difficultés que comporte l'évaluation du rendement individuel aux fins d'un renvoi motivé.

Voir également l'arrêt *Palmer v. Ticcione*, 576 F.2d 459 (1978), qui adopte le même raisonnement pour d'autres secteurs.

À partir des considérations précitées, il m'est facile de conclure qu'il existe un lien rationnel entre les politiques des universités en matière de retraite obligatoire et les objectifs que visent à atteindre ces politiques. J'examine maintenant la question de savoir si les mesures prises pour atteindre ces objectifs portent le moins possible atteinte au droit en question.

d Atteinte minimale

Pour évaluer s'il y a proportionnalité et plus particulièrement s'il y a eu atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution, il faut se rappeler que nous sommes ici en présence de mesures qui tentent d'établir un équilibre entre des valeurs sociales légitimes mais opposées. Lorsqu'il s'agit de mesures sociales largement répandues comme celles-ci, où le gouvernement tente de se faire médiateur entre des groupes concurrents, il n'est certes pas facile de déterminer avec précision le point d'équilibre. Comme les juges formant la majorité de notre Cour l'ont souligné dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 993:

Ainsi, en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve.

L'attitude retenue dans ces cas est empreinte d'une très grande souplesse compte tenu de la difficulté des choix, de leurs répercussions sur différents secteurs de la société et des avantages inhérents dont bénéficie le législateur en évaluant ces questions dans une société démocratique. Cet aspect, implicite dans les décisions antérieures, a été expressément retenu dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*. Dans cet arrêt,

Quebec (Attorney General). There, the majority put it this way, at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 772).

In short, as the Court went on to say, the question is whether the government had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible given the government's pressing and substantial objectives. Speaking specifically of the right in question there, the Court had this to say, at p. 994:

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. [Emphasis added.]

It is worth repeating the government's (or rather the universities') pressing and substantial objectives in the present case. They are: (1) to enhance and maintain their capacity to seek and maintain excellence by permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal; and (2) to preserve academic freedom and the collegial form of association by minimizing distinctive modes of performance evaluation. Excellence in our educational institutions, and specifically in our universities, is vital to our society and has important implications for all of us. Academic freedom and excellence is essential to our continuance as a

les juges formant la majorité ont dit, aux pp. 993 et 994:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par exemple «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

Bref, comme la Cour l'a dit ensuite, la question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte au droit pertinent, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement. Traitant précisément du droit en question dans cette affaire, la Cour a dit, à la p. 994:

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

Il convient de répéter les objectifs urgents et réels du gouvernement (ou plutôt des universités) en l'espèce. Les voici: (1) accroître et conserver leur aptitude à rechercher et à maintenir l'excellence en faisant usage de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du corps professoral, et (2) préserver la liberté académique et la collégialité en réduisant au minimum les modes distincts d'évaluation du rendement. La recherche de l'excellence dans nos établissements d'enseignement, et particulièrement dans nos universités, est essentielle à notre société et a des répercussions importantes pour nous tous. La

lively democracy. Faculty renewal is required if universities are to stay on the cutting edge of research and knowledge. Far from being wholly detrimental to the group affected, mandatory retirement contributes significantly to an enriched working life for its members. It ensures that faculty members have a large measure of academic freedom with a minimum of supervision and performance review throughout their period at university. They need not be unduly concerned with a "bad year" or a few bad years, or that their productive capacity may decline with the passing years. Security of employment is well protected for a substantial number of years and they are spared demeaning tests that would otherwise have to be employed. That is not to say, and there can be no doubt, that mandatory retirement can be a source of considerable anguish for those who do not wish to retire. But the "bargain" involved in taking a tenured position has clear compensatory features even for the individual affected, and it is noteworthy that it is the bargain sought by faculty associations and indeed by labour unions in many other sectors of our society.

Against the detriment to those affected must be weighed the benefit of the universities' policies to society generally and the individuals who compose it. It must be remembered as well that, in a closed system with limited resources like universities, there is a significant correlation between those who retire and those who may be hired. Thus the young must be deprived of the opportunities to contribute to society through work in the universities as part of the cost of retaining those currently employed on an indefinite basis. The right to work, as this Court has stated, is important. But it is important for the young as well as the old. By this I am not suggesting that discrimination against the old is as such justifiable to alleviate the difficulties faced by the young. But from the standpoint of the university, and in turn of society, staff renewal is vital. Again, the fact that the young would suffer

liberté académique et l'excellence sont essentielles à la vitalité de notre démocratie. Le renouvellement du corps professoral est nécessaire si les universités veulent rester à la fine pointe de la recherche et du savoir. Loin d'être tout à fait préjudiciable au groupe visé, la retraite obligatoire contribue considérablement à l'enrichissement du milieu de travail des membres du corps professoral. Elle assure aux professeurs une large mesure de liberté académique avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement pendant toute leur carrière à l'université. Ils n'ont pas à trop se préoccuper d'une [TRADUCTION] «mauvaise année» ou de quelques mauvaises années, ou du fait que leur productivité puisse diminuer avec le passage des années. La sécurité d'emploi est bien protégée pendant un nombre considérable d'années et ils échappent à des critères avilissants qui devraient autrement être appliqués. Cela ne veut pas dire que la retraite obligatoire ne peut être une source d'angoisse considérable pour ceux qui ne veulent pas prendre leur retraite, et il ne fait pas de doute qu'elle l'est d'ailleurs. Mais le [TRADUCTION] «marché» que comporte l'acceptation d'un poste permanent a clairement des aspects compensatoires même pour la personne visée et il convient de souligner que c'est ce marché que recherchent les associations de professeurs et même les syndicats dans plusieurs autres secteurs de notre société.

Au préjudice que subissent les personnes visées, il faut opposer le bénéfice des politiques universitaires que tirent la société en général et les individus qui la composent. Il faut également se rappeler que dans un système fermé ayant des ressources limitées comme les universités, il existe une corrélation significative entre ceux qui prennent leur retraite et ceux qui peuvent être embauchés. Il faut donc notamment priver les jeunes de la chance de contribuer à la société par leur travail dans les universités, pour garder indéfiniment ceux qui s'y trouvent actuellement. Comme notre Cour l'a affirmé, le droit au travail est important. Mais il est tout aussi important pour les jeunes que pour les plus âgés. Je ne veux pas dire que la discrimination envers les plus âgés est comme telle justifiable pour atténuer les difficultés des jeunes. Mais du point de vue de l'université, et ensuite de la

some measure of deprivation were mandatory retirement abolished would mean that students in turn would, to that extent, be deprived of younger faculty members and of the better mix of young and old that is a desirable feature of a teaching staff. The evidence indicates that there is at present a significant problem of an older teaching staff in universities.

Another matter merits consideration. Universities comprise some of the outstanding research facilities that are essential to push forward the frontiers of knowledge. These have been acquired over the years by the expenditure of significant private and public funds and there is need not only to encourage the best use that can be made of them but also to adopt policies to give access to as many as can benefit from, and contribute to, society by their use. The majority in *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, *supra*, made it clear that the reconciliation of claims not only of competing individuals or groups but also the proper distribution of scarce resources must be weighed in a s. 1 analysis. Having observed that the courts can ascertain with "some certainty" whether the "least drastic means" has been chosen to achieve a desired objective where the government is the "singular antagonist", typically in the case of criminal sanctions and prosecutions, the majority then noted that this was not the case with polycentric situations. It added, at p. 994:

The same degree of certainty may not be achievable in cases involving the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce government resources.

Weighing all the above matters, I conclude that, to paraphrase the remarks from *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, previously cited, on the evidence the universities had a reasonable basis for concluding that their mandatory retirement policies impaired the appellants' rights as little as

société, le renouvellement du personnel est vital. Encore une fois, le fait que les jeunes subiraient un certain préjudice si la retraite obligatoire était abolie signifierait que les étudiants, à leur tour, seraient privés dans la même mesure de professeurs plus jeunes et de la meilleure combinaison de professeurs plus jeunes et plus âgés qui est une caractéristique souhaitable d'un corps enseignant. La preuve indique que le vieillissement du personnel enseignant dans les universités est actuellement un problème important.

Une autre question mérite d'être examinée. Les universités disposent d'installations de recherche exceptionnelles qui sont indispensables pour faire reculer les frontières du savoir. Elles ont été mises sur pied au cours des ans au moyen de fonds privés et publics importants et il est nécessaire non seulement de favoriser leur meilleure utilisation possible, mais encore d'adopter des politiques afin d'en permettre l'accès à tous les gens qui peuvent en bénéficier et de contribuer à la société par leur utilisation. La Cour à la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, a dit clairement que non seulement la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus devait être évaluée dans le cadre d'un examen fondé sur l'article premier, mais également la répartition de ressources limitées. Ayant souligné que les tribunaux peuvent déterminer avec «un certain degré de certitude» si les «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif souhaité lorsque le gouvernement est «l'adversaire singulier», surtout dans le cas des sanctions et des poursuites criminelles, la Cour à la majorité a ensuite souligné qu'il n'en était pas ainsi dans les situations polycentriques. Ils ont ajouté, à la p. 994:

Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans des cas exigeant la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées.

Soupesant toutes les considérations précitées, je conclus, pour paraphraser les observations de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, citées antérieurement, que, d'après la preuve, les universités étaient raisonnablement fondées à conclure que leurs politiques de mise à la retraite

possible given the pressing and substantial objectives they sought to achieve.

One final point may be mentioned. It may be argued that in these days, 65 is too young an age for mandatory retirement. At best, however, this is an exercise in "line drawing", and in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82, 800-801, this Court made it clear that this was an exercise in which courts should not lightly attempt to second-guess the legislature. While the aging process varies from person to person, the courts below found on the evidence that on average there is a decline in intellectual ability from the age of 60 onwards; see the reasons of Gray J. (1986), 57 O.R. (2d) 1, at pp. 40-41, and of the Court of Appeal (1987), 63 O.R. (2d) 1, at pp. 61-62. To raise the retirement age, then, might give rise to greater demands for demeaning tests for those between the ages of 60 and 65 as well as other shifts and adjustments to the organization of the workplace to which I have previously referred.

Effects

It is evident from what I have said in relation to the "minimal impairment" that the effects of the universities' policies on mandatory retirement are not so severe as to outweigh the government's pressing and substantial objectives. In the present circumstances, the same factors have to be balanced in dealing with deleterious effects and I need not repeat them.

Section 9(a) of the Human Rights Code, 1981

Does s. 9(a) contravene s. 15(1) of the Charter?

I come now to the question whether s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* contravenes s. 15(1) of the *Charter* by reason of the fact that it confines the Code's prohibition against discrimination in employment on grounds of age to persons between the ages of 18 and 65. The effect of the restriction in s. 9(a), the appellants say, is that they are denied protection against age-based

obligatoire portaient le moins possible atteinte aux droits des appelants compte tenu des objectifs urgents et réels qu'elles visaient à atteindre.

^a Un dernier point peut être mentionné. On peut prétendre que, de nos jours, 65 ans est trop jeune pour la retraite obligatoire. Il s'agit cependant au mieux de tracer une ligne de démarcation et, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, 800 et 801, notre Cour a dit clairement qu'il s'agissait d'un exercice au cours duquel les tribunaux ne devraient pas tenter à la légère de se prononcer après coup sur l'intention du législateur. Bien que le processus de vieillissement varie d'une personne à l'autre, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, après avoir examiné la preuve, qu'en moyenne il y a détérioration des capacités intellectuelles à partir de 60 ans; voir les motifs du juge Gray (1986), 57 O.R. (2d) 1, aux pp. 40 et 41, et ceux de la Cour d'appel (1987), 63 O.R. (2d) 1, aux pp. 61 et 62. Alors, repousser l'âge de la retraite pourrait entraîner des exigences accrues d'examens humiliants pour ceux dont l'âge varie entre 60 et 65 ans, ainsi que d'autres changements et ajustements à l'organisation du milieu de travail dont j'ai parlé tout à l'heure.

f Effets

Il ressort clairement de ce que j'ai dit au sujet de l'«atteinte minimale» que les effets des politiques des universités en matière de retraite obligatoire ne sont pas sévères au point de l'emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement. Dans les circonstances présentes, les mêmes facteurs doivent être soupesés en examinant les effets préjudiciables et je n'ai pas à les répéter.

^h L'alinéa 9a) du Code des droits de la personne, 1981

L'alinéa 9a) contrevient-il au par. 15(1) de la Charte?

ⁱ J'examine maintenant la question de savoir si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* contrevient au par. 15(1) de la *Charte* du fait qu'il restreint l'application de l'interdiction de toute discrimination en matière d'emploi fondée sur l'âge contenue dans le Code aux personnes âgées de 18 à 65 ans. Les appelants affirment que l'effet de la restriction de l'al. 9a) fait en sorte qu'ils sont

employment discrimination under the *Human Rights Code, 1981*. There is no question that, the Code being a law, the *Charter* applies to it. In *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (leave to appeal denied, [1986] 1 S.C.R. xii), the Ontario Court of Appeal held invalid s. 19(2) of the Code which provided that the right to equality without discrimination because of listed personal characteristics accorded under s. 1 of the Code is not infringed where membership in athletic activity is restricted to persons of the same sex.

Nor can there be any doubt since the *Andrews* case, which I have already discussed, that the differential treatment to which the appellants have been subjected constitutes discrimination for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*. It deprives them of a benefit under the Code on the basis of their age, a ground specifically enumerated in the *Charter*. It must be underlined that s. 15(1) expressly guarantees the right to equality before and under the law; it also guarantees the right to equal protection of the law. The following remarks of McIntyre J. in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*, at p. 171, are apposite:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component. Howland C.J. and Robins J.A. (dissenting in the result but not with respect to this comment) in *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, attempt to articulate the broad range of values embraced by s. 15. They state at p. 554:

In our view, s. 15(1) read as a whole constitutes a compendious expression of a positive right to equality in both the substance and the administration of the law. It is an all-encompassing right governing all legislative action. Like the ideals of "equal justice" and "equal access to the law", the right to equal protection and equal benefit of the law now enshrined in the *Charter* rests on the moral and ethical principle fundamental to a truly free and democratic society

privés de la protection contenue dans le *Code des droits de la personne, 1981* contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Il n'y a aucun doute que puisque le Code est une loi, la *Charte* s'y applique. Dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii), la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré invalide le par. 19(2) du Code qui prévoyait qu'on ne portait pas atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur les caractéristiques personnelles énumérées à l'art. 1 du Code en restreignant aux personnes du même sexe le droit de participer à une activité sportive.

Depuis l'arrêt *Andrews*, dont j'ai déjà parlé, il ne fait plus de doute que le traitement différent accordé aux appelants constitue de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il les prive d'un bénéfice que le Code leur reconnaît en raison de leur âge, un motif énuméré spécifiquement dans la *Charte*. Il convient de souligner que le par. 15(1) garantit expressément le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi; il garantit également le droit à la même protection de la loi. Les observations suivantes du juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia, précité*, à la p. 171, sont pertinentes:

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important. Dans l'arrêt *Reference re an Act to Amend the Education Act* (1986), 53 O.R. (2d) 513, le juge en chef Howland ainsi que le juge Robins (dissentant quant au résultat mais non quant à cette observation) tentent d'énoncer la vaste gamme des valeurs englobées par l'art. 15. Voici ce qu'ils affirment, à la p. 554:

[TRADUCTION] À notre avis, pris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative. Au même titre que les idéaux de «justice égalitaire» et «d'égalité d'accès à la loi», le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, maintenant enchâssé dans la *Charte*, repose sur le principe moral et éthique, fondamental dans une

that all persons should be treated by the law on a footing of equality with equal concern and respect.

It is right, however, to indicate with some precision what the discrimination is, and what it is not. The Code does not impose mandatory retirement at any age. Its general effect, in this context, is to prevent the making of a contract providing for mandatory retirement at a fixed age of less than 65 unless the employer is able, under s. 23(b) of the Code, to establish on a balance of probabilities that age is a reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment. Such protection can, in the government sector, also be obtained under the *Charter*, without reference to age at all, subject to reasonable limitation under s. 1. The Code, however, extends protection within the age limits prescribed against age discrimination in employment in the private sector which, we saw, is not directly affected by the *Charter*.

Though not directly relevant perhaps, I should mention that s. 9(a) is also discriminatory in that it provides for a minimum age of 18 years for those seeking protection under the Code in respect of employment. That distinction is, I would think, readily explicable on human, social and economic grounds. More relevant, however, is the fact that until 1982 the Code or its predecessor statutes limited protection on the basis of age to persons "of forty years or more and less than sixty-five years". The *Age Discrimination Act*, S.O. 1966, c. 3, the first statute that provided protection against discrimination in respect of employment, was limited to those ages as was the *Ontario Human Rights Code Amendment Act*, S.O. 1972, c. 119, which extended the protection to other types of discrimination. Those statutes, in fact, provided for a number of qualifications to the age protection: an exemption for *bona fide* superannuation funds or plans, or insurance plans which discriminated on grounds of age, for "special employment programs", and for an exemption based on "*bona fide* occupational qualification and requirement". The present restriction between the ages of

société vraiment libre et démocratique, que tous devraient être traités sur un pied d'égalité par la loi et avec le même respect.

a Il est cependant juste de préciser jusqu'à un certain point ce qui constitue de la discrimination et ce qui n'en constitue pas. Le Code n'impose pas la retraite obligatoire à n'importe quel âge. Dans ce contexte, son effet général est d'interdire les b contrats qui fixent l'âge de la retraite obligatoire à moins de 65 ans, sauf si l'employeur peut établir, en vertu de l'al. 23b) du Code et selon la prépondérance des probabilités, que l'âge est une qualité c requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi. Dans le secteur public, cette protection peut également être obtenue en vertu de la *Charte*, sans aucune mention de l'âge, sous réserve d'une limite d raisonnable en vertu de l'article premier. Le Code étend toutefois la protection, à l'intérieur des limites d'âge prescrites, contre toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi dans le secteur privé qui, nous l'avons vu, n'est pas directement touché par la *Charte*.

Bien que cet aspect puisse ne pas être directement applicable, je devrais souligner que l'al. 9a) est également discriminatoire en ce qu'il fixe à 18 ans l'âge minimal pour bénéficier de la protection du Code en matière d'emploi. Je pense que cette distinction s'explique facilement pour des raisons humaines, sociales et économiques. Ce qui est g cependant plus pertinent, c'est que jusqu'en 1982 le Code ou les lois qui l'ont précédé limitaient la protection fondée sur l'âge aux personnes [TRANSDUCTION] «de quarante ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans». L'*Age Discrimination Act*, S.O. 1966, ch. 3, la première loi qui accordait une h protection contre la discrimination en matière d'emploi, était limitée à ces catégories d'âge comme la *Human Rights Code Amendment Act* de l'Ontario, S.O. 1972, ch. 119, qui étendait la i protection aux autres types de discrimination. En réalité, ces lois assujettissaient à un certain nombre de réserves l'application de la protection fondée sur l'âge: une exemption en matière de j caisses ou de régimes de retraite établis de bonne foi, ou de régimes d'assurance qui créaient une discrimination fondée sur l'âge, ou de

18 and 65 was only proclaimed on June 15, 1982, a change that, as one can see from the companion case of *Harrison v. University of British Columbia, supra*, has not yet been made in all the provinces.

What this reveals, of course, is that there has been a growing recognition of the need for protection against distinctions on the basis of age as society has more clearly perceived its discriminatory effects. It also reveals that, for a variety of reasons, there has long been a differentiation made between it and other rights, and that like other rights, it is not absolute. Under the *Charter*, however, questions as to whether these qualifications have been made must be measured against the requirements of s. 1 of that instrument. As a preliminary to that task, however, it appears useful to deal first with the history of mandatory retirement and the place it occupies in our society and its interrelationship with legislation, notably the *Human Rights Code, 1981*, aimed at preventing discrimination on the ground of age. This is in keeping with Dickson J.'s admonition in *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at p. 344, that it is important to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum and must, therefore, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts; see also *United States of America v. Cotroni, supra*, at pp. 1490-91.

History and Place of Mandatory Retirement

Retirement as a social phenomenon is relatively new. It is a by-product of industrialization which effected a separation between family life and work. Bismark is generally credited with establishing 65 as the age for retirement when, through his initiative, Germany adopted a public pension plan for the aged. At that time, 65 would certainly have been considered "old", the life expectancy in Germany then being 45. When Great Britain adopted similar legislation in 1908, it initially applied from

[TRADUCTION] «programmes d'emploi particuliers», et une exemption fondée sur [TRADUCTION] «une exigence professionnelle normale». La restriction actuelle, applicable entre 18 et 65 ans, n'est entrée en vigueur que le 15 juin 1982 et cette modification, comme on peut le remarquer dans le pourvoi connexe *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, précité, n'a pas été apportée dans toutes les provinces.

Il en ressort évidemment que l'on reconnaît de plus en plus la nécessité d'accorder une protection contre des distinctions fondées sur l'âge depuis que la société perçoit plus clairement ses effets discriminatoires. Il en ressort également que, pour diverses raisons, on a longtemps établi une distinction entre cette protection et d'autres droits et que, comme les autres droits, elle n'est pas absolue. Toutefois, pour déterminer si ces réserves ont été apportées, il faut, en vertu de la *Charte*, les soupeser en fonction des exigences de l'article premier de cet instrument. Avant de procéder à cette tâche, il paraît cependant utile de traiter d'abord de l'historique de la retraite obligatoire, de la place qu'elle occupe dans notre société et de ses rapports réciproques avec la législation, surtout le *Code des droits de la personne, 1981* qui vise à interdire la discrimination fondée sur l'âge. Cela est conforme à l'avertissement du juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, qu'il importe de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés; voir également l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, précité, aux pp. 1490 et 1491.

Historique et rôle de la retraite obligatoire

Le phénomène social de la retraite est relativement nouveau. C'est un sous-produit de l'industrialisation qui a établi une séparation entre la vie familiale et le travail. C'est généralement à Bismark qu'on attribue l'idée d'établir à 65 ans l'âge de la retraite lorsque, grâce à son initiative, l'Allemagne a adopté un régime de retraite public à l'intention des personnes âgées. À cette époque, 65 ans aurait certainement été considéré comme un âge avancé, l'espérance de vie en Allemagne étant

age 70 but was later reduced to 65. Other countries followed Bismark's lead.

Of greater significance for this country is that this was the age adopted as the age when social security would be paid pursuant to the *Social Security Act*, 49 Stat. 620, enacted by the United States Congress in 1935. This measure was undoubtedly aimed at providing some security for the aged, but it was also designed to remove older people from the labour force in the interests of maintaining employment for younger workers with families during the Depression years. There appears to have been no special reason for the adoption of 65 beyond the fact that it appears to have been widely accepted at the time. The Act did not mandate retirement at age 65 as such, but since people who were regularly employed were not entitled to social security payments, this became the "normal" age of retirement; see *Retirement Without Tears*, the Report of the [Canadian] Special Senate Committee on Retirement Age Policies (1979); *Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness*, U.S. Congress Report by the Select Committee on Aging (1977); Kertzer, "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement" (1981), 33 *Me. L. Rev.* 157; Graebner, *A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978* (1980).

In Canada, mandatory retirement developed with the introduction of private and public pension plans. It is not based on law. In 1927, public security plans began with *The Old Age Pensions Act*, 1927, S.C. 1926-27, c. 35, which adopted 70 as the age of entitlement, but this was lowered to 65 in the 1960s. Other programs, such as the Old Age Security (O.A.S.), Guaranteed Income Supplement and the Canada and Quebec Pension Plans also provided that retirement benefits were to be paid beginning at age 65. By the 1970s, the orientation in respect of the treatment of age had been set. Public social security and pension schemes as well as private pension plans were put

alors de 45 ans. Lorsque la Grande-Bretagne a adopté une loi analogue en 1908, elle a d'abord fixé à 70 ans l'âge de la retraite pour ensuite le ramener à 65 ans. D'autres pays ont suivi l'exemple de Bismark.

Ce qui revêt plus d'importance pour notre pays, c'est qu'il s'agissait de l'âge fixé dans la *Social Security Act*, 49 Stat. 620, adoptée par le Congrès des États-Unis en 1935, pour le versement des prestations de sécurité sociale. Cette mesure avait sans doute pour but de procurer une certaine sécurité aux personnes âgées mais elle visait également à les amener à se retirer du marché du travail pour favoriser l'emploi des jeunes travailleurs qui avaient une famille au cours des années de la Dépression. Il ne semble pas y avoir eu de raison particulière d'adopter l'âge de 65 ans si ce n'est le fait que cela semble avoir été largement accepté à l'époque. La Loi n'imposait pas comme telle la retraite à l'âge de 65 ans mais, puisque les employés réguliers ne pouvaient profiter des prestations de sécurité sociale, c'est devenu l'âge «normal» de la retraite; voir *Retraite sans douleur*, rapport du Comité spécial du Sénat [canadien] sur les politiques relatives à l'âge de la retraite (1979); *Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness*, rapport du Select Committee on Aging du Congrès américain (1977); Kertzer, «Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement» (1981), 33 *Me. L. Rev.* 157; Graebner, *A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978* (1980).

Au Canada, la retraite obligatoire a vu le jour avec l'adoption des régimes de retraite privés et publics. Elle ne se fonde pas sur une loi. Les régimes de sécurité publique ont été mis sur pied en 1927 à la suite de l'adoption de la *Loi des pensions de vieillesse*, 1927, S.C. 1926-27, ch. 35, qui fixait à 70 ans l'âge d'admissibilité, mais il a été ramené à 65 ans dans les années soixante. D'autres programmes, comme la Sécurité de la vieillesse (S.V.), le Supplément de revenu garanti, le Régime de pensions du Canada et le Régime de rentes du Québec prévoyaient également le versement des prestations de retraite à partir de 65 ans. Au début des années soixante-dix, les grandes

in place in order to provide income security to older persons; see Atcheson and Sullivan, "Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter" in Bayefsky and Eberts, *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), at p. 231.

Private businesses developed or adapted their plans to complement and integrate with government pensions. About one half of the Canadian work force occupy jobs subject to mandatory retirement, and about two-thirds of collective agreements in Canada contain mandatory retirement provisions at the age of 65, which reflects that it is not a condition imposed on the workers but one which they themselves bargain for through their own organizations. Generally, it seems fair to say that 65 has now become generally accepted as the "normal" age of retirement. This has had profound implications for the organization of the workplace — for the structuring of pension plans, for fairness and security of tenure in the workplace, and for work opportunities for others. The Court of Appeal succinctly put the matter this way in describing what it saw as the objectives of s. 9(a), at p. 53:

One of the primary objectives of s. 9(a) was to arrive at a legislative compromise between protecting individuals from age-based employment discrimination and giving employers and employees the freedom to agree on a date for the termination of the employment relationship. Freedom to agree on a termination date is of considerable benefit to both employers and employees. It permits employers to plan their financial obligations, particularly in the area of pension plans and other benefits. It also permits a deferred compensation system whereby employees are paid less in earlier years than their productivity and more in later years, rather than have a wage system founded on current productivity. In addition it facilitates the recruitment and training of new staff. It avoids the stress of continuous reviews resulting from ability declining with age, and the need for dismissal for cause. It permits a seniority system and the willingness to tolerate its continuance having the

orientations en matière de traitement des personnes âgées avaient été établies. Les régimes publics de sécurité sociale et de retraite ainsi que les régimes de retraite privés ont été mis en place en vue de garantir un revenu aux personnes plus âgées; voir Atcheson et Sullivan, «Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter» dans Bayefsky et Eberts, *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), à la p. 231.

Les entreprises privées ont mis sur pied ou adapté leur régime pour compléter les régimes gouvernementaux et s'y conformer. Près de la moitié de toute la main-d'œuvre canadienne occupe un emploi assujéti à la retraite obligatoire, et près des deux tiers des conventions collectives au Canada contiennent des dispositions sur la retraite obligatoire à l'âge de 65 ans, ce qui indique qu'il ne s'agit pas d'une condition imposée aux travailleurs mais d'une condition qu'ils ont eux-mêmes négociée par l'entremise de leurs propres organisations. En général, on peut dire sans se tromper que l'âge «normal» de la retraite est maintenant généralement accepté comme étant 65 ans. Cela a eu des répercussions profondes sur l'organisation du milieu du travail, sur l'organisation des régimes de retraite, sur l'équité et la permanence dans le milieu du travail et sur les chances d'emploi pour les autres. La Cour d'appel a décrit brièvement ce qu'elle estimait être les objectifs de l'al. 9a), à la p. 53:

[TRADUCTION] L'un des principaux objectifs de l'al. 9a) était de parvenir à un compromis législatif pour protéger les individus contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi et pour reconnaître aux employeurs et aux employés la liberté de fixer la date de la fin des rapports de travail. La liberté de convenir d'une date de cessation d'emploi représente un avantage considérable tant pour les employeurs que pour les employés. Cela permet aux employeurs de planifier leurs obligations financières, particulièrement dans le domaine des régimes de retraite et des autres bénéfices. Cela permet également de mettre en place un régime de rémunération différée où les employés reçoivent un salaire inférieur à leur productivité au cours des premières années de travail et un salaire supérieur au cours des dernières années, plutôt qu'un système salarial fondé sur la productivité courante. En outre, cela facilite le recrutement et la formation de nouveaux membres du person-

knowledge that the work relationship will be coming to an end at a finite date. Employees can plan for their retirement well in advance and retire with dignity.

Another important objective of s. 9(a) was the opening up of the labour market for younger unemployed workers. The problem of unemployment would be aggravated if employers were unable to retire their long-term workers.

To put it in its simplest terms, mandatory retirement has become part of the very fabric of the organization of the labour market in this country. This was the situation when s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* was enacted. It was the situation when the *Charter* was proclaimed as well.

It must be said, however, that there has been a profound alteration in society's view of age discrimination in recent years and, in consequence, of mandatory retirement. Originally, social services schemes and private arrangements, which encouraged and sometimes required mandatory retirement coupled with pension benefits were viewed as a reward for a lifetime of service, and there is no doubt that the beneficial aspects of these plans do serve the important goal of ensuring financial security for the aged, and many still so regard it. But as Jacques Maritain has taught us, human rights continue to emerge from human experience: *Man and the State* (1951). For some, it became all too obvious that retirement was a curse rather than a blessing and resulted in deprivations of former advantages that a number of commentators have denounced in biting terms: see, for example, McDougal, Lasswell and Chen, "The Protection of the Aged from Discrimination" in *Human Rights and World Public Order* (1980), chapter 15, especially at pp. 779-82.

Age had not fully emerged as an unacceptable ground of discrimination when the early international human rights documents were adopted. These did not specifically refer to age among

nel. Cela élimine la tension que comportent les examens répétés par suite de la diminution des capacités avec l'âge, et la nécessité de procéder à des renvois motivés. Cela permet d'avoir un régime d'ancienneté et la volonté d'en tolérer le maintien lorsqu'on sait que l'emploi prendra fin à une date fixe. Les employés peuvent planifier leur retraite longtemps d'avance et la prendre avec dignité.

Un autre objectif important de l'al. 9a) était d'ouvrir le marché du travail aux jeunes travailleurs en chômage. Le problème du chômage serait aggravé si les employeurs ne pouvaient mettre à la retraite leurs plus anciens employés.

Tout simplement, la retraite obligatoire fait maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays. Telle était la situation lorsque l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* a été adopté. C'était également la situation qui prévalait lorsque la *Charte* est entrée en vigueur.

Il faut cependant dire que l'opinion de la société quant à la discrimination fondée sur l'âge et, partant, quant à la retraite obligatoire, a profondément changé au cours des dernières années. À l'origine, les régimes de services sociaux et les ententes privées, qui favorisaient et parfois imposaient la retraite obligatoire, combinés aux prestations de retraite étaient perçus comme une récompense pour les services rendus au cours de la vie active, et nul doute que les aspects avantageux de ces régimes répondent à l'objectif important d'assurer la sécurité financière des personnes âgées et que plusieurs perçoivent encore ainsi la situation. Mais comme Jacques Maritain nous l'a enseigné, les droits de la personne continuent de jaillir de l'expérience humaine: *Man and the State* (1951). Pour certains, il est devenu très évident que la retraite était un mal plutôt qu'un bien et qu'elle entraînait la perte d'avantages antérieurs que plusieurs auteurs ont dénoncée en termes cinglants: voir par exemple, McDougal, Lasswell et Chen, «The Protection of the Aged from Discrimination» dans *Human Rights and World Public Order* (1980), chapitre 15, particulièrement aux pp. 779 à 782.

L'âge n'avait pas encore été tout à fait reconnu comme motif de discrimination inacceptable lorsque les premiers documents internationaux sur les droits de la personne ont été adoptés. Ils ne men-

impermissible grounds of discrimination although their specific enumerations were never regarded as exhaustive. At all events, in the light of growing concerns about the issue, the United Nations undertook a study on the aged (*Question of the Elderly and the Aged* (report of the Secretary General) U.N. Doc. A9126 (1973)), which culminated in a resolution of the General Assembly in which that body, emphasizing the "respect for the dignity and worth of the human person", urged member states to "discourage, whenever and wherever the overall situation allows, discriminatory attitudes, policies and measures in employment practices based exclusively on age" (G.A. Res. 3137, U.N. Doc. A19030 (1973)).

The evolving right against discrimination on the ground of age is gaining ground in this and other countries. I have mentioned earlier its partial recognition in the Human Rights Codes. In some provinces, as in the British Columbia statute dealt with in *Harrison, supra*, it is still only recognized in the form in which it existed in Ontario before 1982. Other provinces, Quebec, New Brunswick and Manitoba, have now gone further and prohibited age discrimination in employment altogether. Similarly in 1967, the United States enacted the *Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C. §§ 621-634 (1976), although it was limited to persons between 40 to 65. In 1977, however, Maine abolished as of 1980 all mandatory retirement in both the public and private sectors (the Act is discussed by Kertzer, "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement", *supra*).

The Nature of the Right

Section 15(1) of the *Charter* specifically mentions age as one of the grounds of discrimination sought to be protected by that provision, and there is no doubt as I have already indicated that such discrimination, like the other categories mentioned, can constitute a significant abridgement to

tionnaient pas précisément l'âge parmi les motifs de discrimination interdits bien que les énumérations n'aient jamais été considérées comme exhaustives. Quoi qu'il en soit, en raison des préoccupations grandissantes que soulevait la question, les Nations Unies ont entrepris une étude sur les personnes âgées (*Question des personnes âgées et des vieillards* (rapport du Secrétaire général), Doc. N.U. A9126 (1973)), qui a abouti à l'adoption par l'Assemblée générale d'une résolution soulignant le «respect de la dignité et de la valeur de la personne humaine» et pressant les États membres de «décourager, partout et dans tous les cas où la situation générale le permet, les attitudes, politiques et mesures discriminatoires fondées exclusivement sur l'âge qui existent dans les pratiques en matière d'emploi» (Rés. 3137 A.G., Doc. N.U. A19030 (1973)).

Le droit de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'âge gagne du terrain au Canada et dans d'autres pays. J'ai déjà mentionné sa reconnaissance partielle dans les codes sur les droits de la personne. Dans certaines provinces, comme dans la loi de la Colombie-Britannique dont il était question dans le pourvoi *Harrison*, précité, il n'est encore reconnu que sous la forme qu'il avait en Ontario avant 1982. D'autres provinces, savoir le Québec, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, sont allées plus loin et ont interdit complètement la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. De même, en 1967, les États-Unis ont adopté l'*Age Discrimination in Employment Act*, 29 U.S.C. §§ 621 à 634 (1976), bien que son application ait été restreinte aux personnes de 40 à 65 ans. En 1977, cependant, le Maine a décrété l'abolition, qui devait entrer en vigueur en 1980, de la retraite obligatoire tant dans les secteurs public que privé (la Loi est examinée par Kertzer, «Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement», précité).

i La nature du droit

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* mentionne spécifiquement l'âge parmi les motifs de discrimination que vise cette disposition, et il ne fait pas de doute, comme je l'ai déjà indiqué, que ce type de discrimination, comme les autres types mentionnés, peut porter sérieusement atteinte à la dignité

the dignity and self-worth of the human person. It must not be overlooked, however, that there are important differences between age discrimination and some of the other grounds mentioned in s. 15(1). To begin with there is nothing inherent in most of the specified grounds of discrimination, e.g., race, colour, religion, national or ethnic origin, or sex that supports any general correlation between those characteristics and ability. But that is not the case with age. There is a general relationship between advancing age and declining ability; see "The Age Discrimination in Employment Act of 1967" (1976), 90 *Harv. L. Rev.* 380, at p. 384; Tarnopolsky and Pentney, *Discrimination and the Law* (1985), at p. 7-5. This hardly means that general impediments based on age should not be approached with suspicion, for we age at differential rates, and what may be old for one person is not necessarily so for another. In assessing the weight to be given to that consideration, however, we should bear in mind that the other grounds mentioned are generally motivated by different factors. Racial and religious discrimination and the like are generally based on feelings of hostility or intolerance. On the other hand, as Professor Ely has observed, "the facts that all of us once were young, and most expect one day to be fairly old, should neutralize whatever suspicion we might otherwise entertain respecting the multitude of laws . . . that comparatively advantage those between, say, 21 and 65 vis-à-vis those who are younger or older", *Democracy and Distrust* (1980), at p. 160. The truth is that, while we must guard against laws having an unnecessary deleterious impact on the aged based on inaccurate assumptions about the effects of age on ability, there are often solid grounds for importing benefits on one age group over another in the development of broad social schemes and in allocating benefits. The careful manner in which the General Assembly Resolution on the rights of the aged is framed is worth noting. Its recommendation discouraging discriminatory practices in employment

et à la valorisation de la personne humaine. Il ne faut cependant pas oublier qu'il existe des différences importantes entre la discrimination fondée sur l'âge et certains autres motifs mentionnés au par. 15(1). D'abord, il n'y a rien d'inhérent dans la plupart des motifs énumérés de discrimination, savoir la race, la couleur, la religion, l'origine nationale ou ethnique, ou le sexe, qui justifie une corrélation générale entre ces caractéristiques et les capacités. Mais il n'en est pas ainsi de l'âge. Il y a un rapport général entre le vieillissement et l'affaiblissement des capacités; voir «The Age Discrimination in Employment Act of 1967» (1976), 90 *Harv. L. Rev.* 380, à la p. 384; Tarnopolsky et Pentney, *Discrimination and the Law* (1985), à la p. 7-5. Cela ne signifie guère qu'il ne faut pas regarder d'un œil suspect les difficultés générales fondées sur l'âge, car nous vieillissons à des rythmes différents et ce qui peut sembler vieux à une personne ne l'est pas nécessairement pour une autre. Pour déterminer l'importance à accorder à ce facteur, nous devrions cependant avoir à l'esprit que les autres motifs énumérés sont généralement motivés par des facteurs différents. La discrimination raciale et religieuse et les autres types de discrimination du même genre sont généralement fondés sur des sentiments d'hostilité ou d'intolérance. D'autre part, comme l'a fait observer le professeur Ely [TRADUCTION] «de fait que nous ayons tous été jeunes à un moment donné, et que la plupart d'entre nous espérons atteindre un âge assez avancé, devrait neutraliser la méfiance que nous pourrions autrement avoir à l'égard de la multitude de lois [. . .] qui confèrent comparative-ment plus d'avantages à ceux qui sont âgés entre, disons, 21 et 65 ans qu'à ceux qui sont plus jeunes ou plus vieux», *Democracy and Distrust* (1980), à la p. 160. La vérité est que, bien qu'il faille se méfier des lois qui ont des effets préjudiciables inutiles sur les personnes âgées en raison de suppositions inexactes quant aux effets de l'âge sur les capacités, il y a souvent des motifs sérieux de conférer des avantages à un groupe d'âge plutôt qu'à un autre dans la mise sur pied de grands régimes sociaux et dans la répartition des bénéfices. Il convient de souligner le soin pris dans la rédaction de la résolution de l'Assemblée générale sur les droits des personnes âgées. Sa recomman-

based exclusively on age is prefaced by the words that this be done “wherever and whenever the overall situation allows”.

I turn then to the balancing of the competing values mandated by s. 1 of the *Charter*.

Section 1

Preliminary Issue

I have already referred in a general way to the approach taken by this Court in weighing competing values in assessing whether a legislative scheme or other law constitutes a reasonable exception to a right guaranteed under the *Charter*, and I shall not repeat it here. Before making this assessment, however, it is necessary to dispose of a preliminary issue that has arisen in this case. In the Court of Appeal, the majority largely confined its examination of s. 1 to the specific situation before it, i.e., it considered the specific import of s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* to mandatory retirement in the university setting. On an examination of the evidence in that specific area, it concluded that s. 9(a) constituted a reasonable exception to the right under s. 15 of the *Charter* not to be subjected to discrimination on the ground of age. Blair J.A. (dissenting), however, was of the view that s. 9(a) had to be considered against the background of all the situations to which it could apply and in considering the issue in this way he concluded that s. 9(a) did not meet the requirements of s. 1 of the *Charter*. The trial judge, Gray J., I should say, also considered the whole context against which the provision operated but concluded that it was justified under s. 1 of the *Charter*.

I agree, and this was conceded by the Attorney General for Ontario, that the analysis under s. 1 should not be restricted to the university context. The appellants in this case were denied the protection of the Code, not because they were university professors but because they were 65 years of age

dation visant à décourager les pratiques discriminatoires fondées exclusivement sur l'âge en matière d'emploi est précédée de la condition que cela soit fait «partout et dans tous les cas où la situation générale le permet».

Je vais maintenant soupeser les valeurs concurrentes comme l'exige l'article premier de la *Charte*.

b L'article premier

Question préliminaire

J'ai déjà mentionné de façon générale la méthode retenue par notre Cour pour soupeser des valeurs concurrentes en vue de déterminer si un régime législatif ou une autre loi constitue une exception raisonnable à un droit garanti en vertu de la *Charte*, et je ne la répéterai pas ici. Avant d'entreprendre cet examen, il est cependant nécessaire de trancher une question préliminaire soulevée en l'espèce. En Cour d'appel, les juges formant la majorité ont essentiellement restreint leur examen de l'article premier à la situation particulière dont ils étaient saisis, c'est-à-dire qu'ils ont examiné l'effet particulier de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* sur la retraite obligatoire dans le contexte des universités. Après examen des éléments de preuve dans ce contexte particulier, la cour a conclu que l'al. 9a) constituait une exception raisonnable au droit, garanti par l'art. 15 de la *Charte*, de ne pas faire l'objet de discrimination fondée sur l'âge. Le juge Blair (dissident) était cependant d'avis que l'al. 9a) devait être examiné en fonction de toutes les situations auxquelles il pourrait s'appliquer et en examinant ainsi la question, il a conclu que l'al. 9a) ne respectait pas les exigences de l'article premier de la *Charte*. Je dois souligner que le juge Gray, en première instance, a également examiné tout le contexte dans lequel la disposition s'appliquait, mais il a conclu qu'elle était justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Je suis d'accord, et le procureur général de l'Ontario l'a reconnu, que l'examen fondé sur l'article premier ne devrait pas être restreint au contexte universitaire. En l'espèce, les appelants ont été privés de la protection du Code non pas parce qu'ils étaient des professeurs d'université, mais

or over. To restrict examination of its application to the university context would be inconsistent with the first component of the proportionality test enunciated by this Court in *R. v. Oakes*, at p. 139, namely, that "the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question". Section 9(a) is not restricted to the university context, and while evidence respecting the specific context in which the issue arises may, as I indicated earlier, serve as an example to demonstrate the reasonableness of the objectives, it must not be confused with those objectives. To the objectives I now turn.

Objectives

The objective of ss. 9(a) and 4 of the *Human Rights Code, 1981* is to extend protection against discrimination to persons in a specified age range. The protection as originally prescribed was limited, we saw, to persons between the ages of 45 and 65, an age group considered with considerable justification to be most in need of protection. Barring specific skills, it is generally known that persons over 45 have more difficulty finding work than others. They do not have the flexibility of the young, a disadvantage often accentuated by the fact that the latter are frequently more recently trained in the more modern skills. Their difficulty is also influenced by the fact that many in that age range are paid more and will generally serve a shorter period of employment than the young, a factor that is affected not only by the desire of many older people to retire but by retirement policies both in the private and public sectors. By 1982, youth employment had also become a more serious factor and the protection was extended, we saw, to the ages of 18 to 65.

Those over 65 are by and large not as seriously exposed to the adverse results of unemployment as those under that age. As mentioned earlier, many social security schemes and private pensions are geared to have effect on the attainment of 65. The

parce qu'ils avaient 65 ans ou plus. Restreindre l'examen de son application au contexte universitaire serait incompatible avec le premier élément du critère de proportionnalité formulé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Oakes*, à la p. 139, savoir, que «les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question». L'alinéa 9a) ne se restreint pas au contexte universitaire et, bien que la preuve relative au contexte particulier dans lequel les questions en litige ont pris naissance puisse, comme je l'ai déjà indiqué, servir d'exemple pour démontrer le caractère raisonnable des objectifs, il ne faut pas la confondre avec ces objectifs. J'entreprends maintenant l'examen des objectifs.

Les objectifs

L'objectif de l'al. 9a) et de l'art. 4 du *Code des droits de la personne, 1981* est d'étendre la protection contre la discrimination aux personnes d'une catégorie d'âge particulière. Nous avons vu que la protection accordée à l'origine était restreinte aux personnes de 45 à 65 ans, un groupe pour lequel il existait des bonnes raisons de croire qu'il avait le plus besoin de protection. À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes. Leur difficulté est également accrue par le fait que plusieurs d'entre eux reçoivent un salaire supérieur et demeureront généralement moins longtemps sur le marché du travail que les jeunes, un facteur qui est influencé non seulement par le désir de plusieurs personnes plus âgées de prendre leur retraite mais par les politiques de retraite des secteurs privé et public. En 1982, le travail chez les jeunes était également devenu un facteur beaucoup plus important et nous avons vu que la protection a été étendue de 18 à 65 ans.

De façon générale, ceux qui ont plus de 65 ans risquent beaucoup moins de souffrir des effets préjudiciables du chômage que les plus jeunes. Comme nous l'avons déjà souligné, de nombreux régimes de sécurité sociale et régimes de retraite

respondents, however, did not rely on this factor as constituting a sufficient justification for the differentiation made in the Code between those under, and those over 65. And there is no question that while social security and private pension schemes may afford some financial redress, many older people have need of additional income, a situation that is becoming more apparent as people live longer. Besides, as I indicated earlier, work cannot be considered solely from a purely economic standpoint. In a work-oriented society, work is inextricably tied to the individual's self-identity and self-worth. I need not pursue this further, however, for as the respondents argued, there are several intertwined objectives of these provisions and it is in terms of these combined objectives that the legislation must be assessed.

The general objectives of the legislature in enacting ss. 9(a) and 4, Gray J. noted, are readily apparent from a reading of the debates leading to their enactment. Throughout the debate, great concern was expressed about the perplexing problem of not affording protection in the employment sector for those over 65, but in the end other considerations predominated. After voicing his concerns about mandatory retirement, the Minister, the Honourable Mr. Elgie, in moving second reading of the Bill, continued (Ontario Hansard, May 15, 1981, at p. 743):

On the other hand, I can appreciate the views of those employees who fear that such a change might result in their delayed retirement and delayed benefits, especially for those older workers who wish to take advantage of what they have considered for years to be the normal age of retirement.

We also have to look at the labour market ramifications of extending the definition of age under the code and the effect it might have on younger persons entering the labour force. The rates of unemployment there are chronically the highest.

privés sont conçus pour s'appliquer lorsque la personne atteint l'âge de 65 ans. Les intimés n'ont cependant pas dit que ce facteur suffisait à justifier la distinction faite dans le Code entre ceux qui ont moins de 65 ans et ceux qui ont plus de 65 ans. Et il est d'ailleurs certain que bien que les régimes de sécurité sociale et les régimes de retraite privés puissent apporter un certain redressement financier, bon nombre de personnes plus âgées ont besoin d'une source de revenu additionnel, ce qui est de plus en plus fréquent étant donné que les gens vivent plus longtemps. En outre, comme je l'ai déjà indiqué, le travail ne saurait être considéré d'un seul point de vue purement économique. Dans une société axée sur le travail, ce dernier est inextricablement lié à l'identité et à la valorisation personnelles. Je n'ai cependant pas à m'étendre plus longtemps sur ce sujet, car comme les intimés l'ont prétendu, ces dispositions comportent plusieurs objectifs intimement liés et c'est en regard de ces objectifs combinés que le texte législatif doit être évalué.

Comme le juge Gray l'a souligné, les objectifs généraux visés par le législateur en adoptant l'al. 9a) et l'art. 4 ressortent clairement à la lecture des débats ayant abouti à leur adoption. Tout au long des débats, la question complexe de l'absence de protection en matière d'emploi pour ceux qui ont plus de 65 ans a fait l'objet d'une très grande préoccupation, mais d'autres considérations ont prévalu en dernier ressort. Après avoir exprimé ses inquiétudes au sujet de la retraite obligatoire, le Ministre, l'honorable Elgie, au moment de présenter le projet de loi en deuxième lecture, a poursuivi (Ontario Hansard, le 15 mai 1981, à la p. 743):

[TRADUCTION] D'autre part, je peux comprendre l'opinion des employés qui craignent qu'un tel changement puisse les obliger à reporter le moment de leur retraite et à ne profiter de ses avantages que plus tard, surtout les travailleurs plus âgés qui veulent tirer profit de ce qu'ils ont considéré, pendant des années, comme l'âge normal de la retraite.

Nous devons également tenir compte des ramifications du marché du travail si l'on étend la portée de la définition de l'âge dans le Code et de l'effet que cela pourrait avoir chez les jeunes qui entrent sur le marché du travail. Les taux de chômage dans cette catégorie sont toujours les plus élevés.

Later, on May 25, 1981 (*ibid.*, at p. 959), he again noted that

... emotionally, we all want to do that [raise the age of mandatory retirement], but in doing so we must make sure we do not deprive people of certain rights they expect, and rightfully expect, when they retire.

We should not rush headlong into that; we should recognize that we must not deprive people of certain benefits they have come to expect following retirement, and we must be sure that we do not interfere with hiring and personnel practices, and with the problem of youth unemployment, by acting very hastily over an issue that we have strong emotional feelings about.

At the Committee stage, the Minister again spoke of the reasons why the government was not ready to abandon the age of 65 as the upward limit for protection of the Code in the field of employment. On December 1, 1981 (*ibid.*, at p. 4097), he stated:

One cannot address this issue without thoughtful consideration of the real issues — the demographic issues, youth unemployment issues, pension benefits and the changes that may be suddenly thrown on people who had not planned it in that way. Those are things that have to be considered.

... Let us not pretend that there is any disagreement about the principle. We are talking about the problems that may arise, and that is what we are going to address in the study.

What comes out clearly from the debates is the anguish of the members in the face of a measure, which for reasons they viewed as overriding, they felt could not be extended to the protection of the elderly, and the government undertook to make further studies of the ramifications of raising the age limit.

Assuming the test of proportionality can be met, most of the reasons identified by the Legislature for not extending the protection of the Code to those over 65 warrant overriding the constitutional right of the equal protection of the law. That was the view, as well, of Gray J. who, in a passage (at p. 32) with which I am in complete agreement, thus put the matter:

Plus tard, le 25 mai 1981 (*ibid.*, à la p. 959), il a encore une fois souligné que

[TRADUCTION] ... émotivement, c'est ce que nous voulons tous faire [repousser l'âge de la retraite obligatoire], mais ce faisant nous devons nous assurer que nous ne priverons pas les gens de certains droits dont ils entendent profiter, et ce, à juste titre, lorsqu'ils prendront leur retraite.

Il ne faut pas agir avec précipitation; nous devrions reconnaître que nous ne devons pas priver les gens de certains avantages dont ils comptent bénéficier pendant leur retraite et nous devons être certains que nous ne touchons pas aux pratiques en matière d'embauche et de personnel ni au problème du chômage chez les jeunes en examinant trop précipitamment une question qui suscite beaucoup d'émotivité chez chacun de nous.

À l'étape de l'étude en comité, le Ministre a de nouveau expliqué les raisons pour lesquelles le gouvernement n'était pas prêt à abandonner l'âge de 65 ans comme limite d'âge pour jouir de la protection du Code en matière d'emploi. Le 1^{er} décembre 1981 (*ibid.*, à la p. 4097), il a affirmé:

[TRADUCTION] On ne peut aborder cette question sans examiner soigneusement les véritables problèmes qui se posent — les problèmes de démographie, les problèmes de chômage chez les jeunes, les prestations de retraite et les changements subis que pourraient connaître les personnes qui n'ont pas planifié leur retraite de cette façon. Ce sont des choses dont il faut tenir compte.

... Ne faisons pas semblant qu'il y a des désaccords quant au principe. Nous parlons des problèmes qui peuvent se présenter et c'est ce à quoi nous allons nous attaquer dans cette étude.

Ce qui ressort clairement des débats est l'angoisse des députés face à une mesure qu'ils estimaient, pour des raisons qu'ils jugeaient prédominantes, ne pouvoir être étendue à la protection des plus âgés, et le gouvernement a décidé d'entreprendre d'autres études sur les ramifications de la hausse de la limite d'âge.

En supposant que le critère de proportionnalité peut être respecté, la plupart des raisons données par le législateur pour ne pas étendre la protection du Code à ceux qui ont plus de 65 ans justifient la suppression du droit constitutionnel à la même protection de la loi. C'était également l'opinion du juge Gray qui, dans un extrait (à la p. 32) que je partage entièrement, explique ainsi la question:

The foregoing excerpts from Hansard indicate the true objectives of the Legislature in limiting protection against age-based employment discrimination. Ramifications relating to the integrity of pension systems and the prospects for younger members of the labour force were the predominant concerns. The object of the age ceiling is intimately related to the desire for cautious legislative reform. On their face, these objectives and concerns are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. The motivating concerns can be readily characterized as “pressing and substantial in a free and democratic society”.

What we are confronted with is a complex socio-economic problem that involves the basic and interconnected rules of the workplace throughout the whole of our society. As already mentioned, the Legislature was not operating in a vacuum. Mandatory retirement has long been with us; it is widespread throughout the labour market; it involves 50 per cent of the workforce. The Legislature’s concerns were with the ramifications of changing what had for long been the rule on such important social issues as its effect on pension plans, youth employment, the desirability of those in the workplace to bargain for and organize their own terms of employment, the advantages flowing from expectations and ongoing arrangements about terms of employment, including not only retirement, but seniority and tenure and, indeed, almost every aspect of the employer-employee relationship. These issues are surely of “pressing and substantial [concern] in a free and democratic society”. And as Gray J. observed at p. 32, this conclusion is generally reinforced by reference to other industrialized democracies. The United States, the United Kingdom, Ireland, Australia, the Federal Republic of Germany, Norway and Japan all recognize some form of pension-associated mandatory retirement.

As for the objective of reducing youth unemployment, it seems to me that such objective should not be accorded much weight. If the values

[TRADUCTION] Ces extraits du Hansard révèlent les véritables objectifs que poursuivait le législateur en restreignant la protection contre la discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi. Les sujets de préoccupation prédominants portaient sur les incidences relatives à l’intégrité des régimes de retraite et aux perspectives d’avenir des jeunes travailleurs. L’objectif de fixer une limite d’âge est intimement lié à la volonté d’agir avec prudence en matière de réforme législative. À première vue, ces objectifs et ces préoccupations sont suffisamment importants pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution. On peut facilement dire de ces préoccupations motivantes qu’elles sont «urgentes et réelles dans une société libre et démocratique».

Nous sommes en présence d’un problème socio-économique complexe qui fait intervenir les règles fondamentales et intimement liées du milieu du travail à l’intérieur de toute notre société. Comme je l’ai déjà mentionné, le législateur n’agissait pas en l’absence de tout contexte. La retraite obligatoire fait partie de notre société depuis longtemps; elle est répandue dans tout le marché du travail; elle vise 50 pour 100 de la population active. Les préoccupations du législateur portaient sur les incidences qu’entraînerait la modification de ce qui a longtemps été la règle en matière de questions sociales importantes comme son effet sur les régimes de retraite, le travail chez les jeunes, l’utilité pour ceux qui sont sur le marché du travail de négocier et d’établir leurs propres conditions d’emploi, les avantages qui découlent des attentes et des arrangements en cours quant aux conditions d’emploi, y compris non seulement la retraite mais encore l’ancienneté et la permanence et, en réalité, presque tous les aspects des relations employeur-employé. Ces questions constituent certainement une «[préoccupation] urgente et réelle dans une société libre et démocratique». Comme le juge Gray l’a souligné à la p. 32, cette conclusion se trouve généralement confirmée par l’exemple des autres démocraties industrialisées. Les États-Unis, le Royaume-Uni, l’Irlande, l’Australie, la République fédérale d’Allemagne, la Norvège et le Japon associent tous une certaine forme de pension à la retraite obligatoire.

En ce qui concerne l’objectif de réduire le chômage chez les jeunes, il me semble qu’il ne faut pas lui accorder trop d’importance. Si les valeurs

and principles essential to a free and democratic society include, according to *Oakes*, “respect for the inherent dignity of the human person” and “commitment to social justice and equality”, then the objective of forcibly retiring older workers in order to make way for younger workers is in itself discriminatory since it assumes that the continued employment of some individuals is less important to those individuals, and of less value to society at large, than is the employment of other individuals, solely on the basis of age.

Proportionality

The objectives of the legislation being sufficient to warrant overriding a constitutional right, it remains to consider whether the means employed to achieve them are proportional in terms of the guidelines previously enunciated by this Court and set forth earlier in these reasons. First of the matters to be considered is whether these means are rationally connected to the objectives.

Rationality

I find little difficulty in holding that the legislation is rationally connected to its objectives and I shall only briefly deal with this issue since most of the same considerations arise in discussing whether the legislation impinges on the guaranteed right as little as possible.

In examining this question, the history of mandatory retirement and its position as an integral part of the organization of the workplace, which I have already discussed, must not be overlooked. And, as Gray J. observed, *supra*, at pp. 35-36, the courts’ “consideration of the propriety of the Legislature’s methods cannot be divorced from the knowledge that the Legislature’s cautious conduct is motivated by the concern for an orderly transition of values”. I noted earlier that the resolution of the General Assembly of the United Nations itself manifests a recognition of the need to have regard for the “overall situation” in advancing the rights of the aged.

et les principes essentiels à une société libre et démocratique comprennent, selon l’arrêt *Oakes*, le «respect de la dignité inhérente de l’être humain» et la «promotion de la justice et de l’égalité sociales», alors l’objectif de forcer les travailleurs plus âgés à prendre leur retraite pour permettre aux plus jeunes de travailler est discriminatoire en soi puisqu’il suppose que la prolongation de l’emploi de certains individus est moins importante pour ceux-ci et de moins grande valeur pour la société en général que l’emploi d’autres individus pour la seule raison de l’âge.

Proportionnalité

Parce que les objectifs de la Loi sont suffisants pour justifier la suppression d’un droit garanti par la Constitution, il reste à examiner si les moyens utilisés pour les atteindre sont proportionnels selon les principes directeurs formulés antérieurement par notre Cour et déjà énoncés dans les présents motifs. La première question à examiner est de savoir si ces mesures ont un lien rationnel avec les objectifs poursuivis.

Rationalité

Je n’ai aucune difficulté à conclure que la Loi a un lien rationnel avec ses objectifs et je ne traiterai que brièvement de cette question puisque la plupart des mêmes considérations doivent être examinées pour déterminer si la Loi porte le moins possible atteinte au droit garanti.

Pour examiner cette question, il ne faut pas oublier de considérer l’historique de la retraite obligatoire et son rôle comme partie intégrante de l’organisation du milieu du travail dont j’ai déjà discuté. D’ailleurs, comme le juge Gray l’a souligné, précité, aux pp. 35 et 36, [TRADUCTION] «l’examen [par les tribunaux] du caractère approprié des méthodes employées par le législateur ne peut être séparé de la connaissance que la conduite prudente du législateur est justifiée par le souci que la transition des valeurs s’effectue de façon ordonnée». J’ai déjà souligné que la résolution même de l’Assemblée générale des Nations Unies reconnaît la nécessité de tenir compte de la «situation générale» dans la promotion des droits des personnes âgées.

The legislation obviously achieves its purpose of maintaining stability in pension arrangements, and is thus rationally connected to that end. That is true, as well, of the impact of having a set age of retirement on conditions of work. Mandatory retirement is part of a complex web of rules which results in significant benefits as well as burdens to the individuals affected. In consequence, there is nothing irrational in a system that permits those in the private sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity.

Finally, there is the concern for youth unemployment. As I noted earlier, mandatory retirement appears to have some influence on youth employment in closed systems such as universities. As a general proposition, however, the evidence, as Gray J. noted, is somewhat conjectural and I attach little weight to it. As Professor Pesando has pointed out in a passage cited by the British Columbia Court of Appeal in *Harrison v. University of British Columbia* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145 (at p. 159), the job opportunities made available through mandatory retirement should not be accorded a central role in the debate on mandatory retirement.

On the whole, however, as stated earlier, I have no difficulty concluding that the legislation is rationally connected to the various objectives sought to be accomplished.

Minimal Impairment

I turn then to the question whether mandatory retirement impairs the right to equality without discrimination on the basis of age "as little as possible". In undertaking this task, it is important again to remember that the ramifications of mandatory retirement on the organization of the workplace and its impact on society generally are not matters capable of precise measurement, and the effect of its removal by judicial fiat is even less certain. Decisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society, and

La Loi réalise évidemment son objectif de maintenir la stabilité en matière de régimes de retraite, et elle a donc un lien rationnel avec cette fin. Il en est également de même des répercussions que comporte l'établissement de l'âge de la retraite sur les conditions de travail. La retraite obligatoire fait partie d'un ensemble de règles complexes qui ont pour effet de conférer des avantages importants et d'imposer des obligations aux individus touchés. Par conséquent, le système qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activité n'a rien d'absurde.

Enfin, il y a la question du chômage chez les jeunes. Comme je l'ai déjà souligné, la retraite obligatoire semble avoir une certaine influence sur l'emploi des jeunes dans des systèmes fermés comme les universités. Cependant, à titre d'affirmation générale, la preuve, comme l'a souligné le juge Gray, est en quelque sorte fondée sur des hypothèses et je n'y attache pas beaucoup d'importance. Comme le professeur Pesando l'a souligné dans un passage cité par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Harrison v. University of British Columbia* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145 (à la p. 159), les chances d'emploi qui découlent de la retraite obligatoire ne doivent pas être considérées comme jouant un rôle capital dans le débat sur la retraite obligatoire.

Cependant, comme je l'ai déjà souligné, dans l'ensemble je n'ai aucune difficulté à conclure que la Loi a un lien rationnel avec les divers objectifs visés.

Atteinte minimale

J'examine maintenant la question de savoir si la retraite obligatoire porte «le moins possible» atteinte au droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Pour entreprendre cet examen, il est important de rappeler encore une fois que les incidences de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail et ses répercussions sur la société en général ne sont pas des questions susceptibles d'être évaluées précisément, et l'effet de sa suppression par autorisation judiciaire est encore moins certain. Dans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'ex-

other components. They are decisions of a kind where those engaged in the political and legislative activities of Canadian democracy have evident advantages over members of the judicial branch, as *Irwin Toy, supra*, at pp. 993-94, has reminded us. This does not absolve the judiciary of its constitutional obligation to scrutinize legislative action to ensure reasonable compliance with constitutional standards, but it does import greater circumspection than in areas such as the criminal justice system where the courts' knowledge and understanding affords it a much higher degree of certainty.

In performing their functions of ensuring compliance with the constitutional norms in these amorphous areas, courts must of necessity turn to such available knowledge as exists and, in particular, to social science research, both of a particular and general nature. The Court of Appeal in its judgment (at pp. 49-51) has helpfully described the difficult problems of evaluating these works and the extent to which the judiciary should defer to legislative judgment in determining issues of minimal impairment of a constitutional right when evidence rationally supports the legislative judgment. This Court has, however, recently dealt with these issues in *Irwin Toy, supra*, which I have discussed earlier in these reasons and I rely on what I have already said there. I simply reiterate here that the operative question in these cases is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the legislation interferes as little as possible with a guaranteed right, given the government's pressing and substantial objectives.

In examining this question, it is relevant as it was in the examination of the issue of the rationality of the legislative means employed in attaining the Legislature's objectives, to recall the historical origins of mandatory retirement at age 65 and its evolution as one of the important structural ele-

priété générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ainsi que d'autres éléments. Ce sont des décisions où ceux qui participent aux activités politiques et législatives de la démocratie canadienne possèdent des avantages manifestes sur les membres du pouvoir judiciaire, comme nous l'a rappelé l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994. Cela ne libère pas le pouvoir judiciaire de son obligation constitutionnelle d'examiner minutieusement les mesures législatives pour veiller à ce qu'elles se conforment raisonnablement aux normes constitutionnelles, mais cela entraîne une plus grande circonspection que dans des domaines comme le système de justice criminelle où le savoir et le discernement de la cour lui permettent de se prononcer de façon beaucoup plus sûre.

Dans l'exercice de leur fonction d'assurer la conformité aux normes constitutionnelles dans ces domaines ambigus, les tribunaux doivent forcément se servir des connaissances disponibles telles qu'elles existent et, en particulier, des recherches, de nature générale et spécialisée, en sciences sociales. Dans ses motifs, la Cour d'appel (aux pp. 49 à 51) a bien décrit les problèmes difficiles que comporte l'évaluation de ces travaux et la mesure dans laquelle les tribunaux devraient s'en remettre au jugement du législateur en tranchant les questions de l'atteinte minimale à un droit garanti par la Constitution lorsque les éléments de preuve étaient logiquement son jugement. Notre Cour a cependant traité récemment ces questions dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, que j'ai déjà examinées dans ces motifs, et je m'appuie sur ce que j'ai déjà dit dans cet arrêt. Je répète simplement en l'espèce que, dans ces cas, la question clé est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu des éléments de preuve présentés, à conclure que la loi porte le moins possible atteinte à un droit garanti, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

Dans l'examen de cette question, il est important, comme dans l'examen de la question de la rationalité des mesures législatives utilisées pour réaliser les objectifs du législateur, de rappeler les origines historiques de la retraite obligatoire à 65 ans et son évolution comme élément important de

ments in the organization of the workplace. As a result of this development, I repeat, 65 has come to be generally considered the normal age of retirement and some 50 per cent of the work force is organized on the basis of mandatory retirement at that age. There is thus no stigma attached to being retired at 65. It conforms as well to what most people would do voluntarily. Indeed, the evidence indicates that there is an increasing trend towards earlier retirement. Many regard it as a reward for long years of service and, for one reason or another, look forward to retirement. The estimates of workers who would voluntarily elect to work beyond the age of 65 vary from 0.1 to 0.4 per cent of the labour force, or 4,787 to 19,148 persons annually in 1985, rising to 5,347 to 21,388 in the year 2000 (Dr. Foot's affidavit). And the likelihood is that a disproportionate number rank among the more advantaged in society.

As noted earlier, mandatory retirement forms part of a web of interconnected rules mutually impacting on each other. In dealing with university policies on mandatory retirement, I noted its impact in the university context. In that context, we saw, mandatory retirement forms part of a system of long-term employment up to age 65. The system involves increased remuneration over the years without, on the whole, reference to ongoing performance, and reduces demeaning competency hearings for dismissal and the like. I refer again to that portion of the Court of Appeal's judgment at p. 54 cited above. As I mentioned earlier, while s. 9(a) cannot be looked at in the discrete setting of the university, it serves as a microcosm that throws important light on what is a widespread labour market phenomenon involving 50 per cent of the work force and undoubtedly affecting other areas by a kind of osmosis.

While there are significant differences from sector to sector, the university system is in many respects a reflection of many other parts of the work force where mandatory retirement is part of

l'organisation du milieu du travail. Par suite de cette évolution, je répète qu'en général on considère maintenant que l'âge normal de la retraite est de 65 ans et que 50 pour 100 de la population active est organisée en fonction de la retraite obligatoire à cet âge. Il n'y a donc aucun stigmate de rattaché au fait de prendre sa retraite à 65 ans. C'est d'ailleurs également conforme à ce que la plupart des gens feraient volontairement. En effet, la preuve indique une tendance croissante à la retraite anticipée. Plusieurs la considèrent comme une récompense après de longues années de service et, pour une raison ou une autre, attendent avec impatience le jour où ils pourront la prendre. Les statistiques relatives aux travailleurs qui choisiraient volontairement de rester au travail après 65 ans varient de 0,1 à 0,4 pour 100 de la population active, ou de 4 787 à 19 148 personnes annuellement en 1985, pour atteindre 5 347 à 21 388 en l'an 2000 (affidavit du D^r Foot). Et la probabilité est qu'un nombre disproportionné se situe parmi les plus advantagés dans la société.

Comme je l'ai déjà souligné, la retraite obligatoire fait partie d'un ensemble de règles intimement liées qui s'influencent mutuellement. En examinant les politiques des universités en matière de retraite obligatoire, j'ai souligné ses répercussions dans le contexte universitaire. Dans ce contexte, nous avons vu que la retraite obligatoire fait partie d'un système d'emploi à long terme jusqu'à l'âge de 65 ans. Le système comporte une hausse de la rémunération au fil des ans indépendamment, dans l'ensemble, du rendement courant, et réduit la tenue d'audiences humiliantes sur les capacités en vue d'un renvoi et ainsi de suite. Je renvoie de nouveau à l'extrait déjà reproduit des motifs de la Cour d'appel, à la p. 54. Comme je l'ai déjà mentionné, bien que l'al. 9a) ne puisse être examiné dans le contexte particulier de l'université, celle-ci est un microcosme qui reflète très bien un phénomène répandu sur le marché du travail, qui vise 50 pour 100 de la population active et touche certainement, par osmose, d'autres secteurs.

Bien qu'il y ait des différences importantes d'un secteur à l'autre, le système universitaire reflète à plusieurs égards de nombreux autres secteurs du marché du travail où la retraite obligatoire fait

a complex, interrelated, lifetime contractual arrangement involving something like deferred compensation. Certainly it is true of union-organized labour where seniority serves as something of a functional equivalent to tenure. Seniority not only allocates the high paying jobs to senior people; it protects them against layoffs which are first allocated to younger people. And it takes no great stretch of the imagination to understand that reduction in performance in the years before retirement will be met with more understanding and tolerance than if the person were not close to retirement. As I indicated, this type of arrangement is reflected by osmotic forces in many other areas of the work force. Many organizations are so arranged that the individual is paid increasingly higher remuneration with the years with the expectation or understanding that he or she will depart at a certain stage.

As the study by Professors Gunderson and Pesando submitted by the respondents indicates, mandatory retirement cannot be looked at in isolation. In the view of these scholars, the repercussions of abolishing mandatory retirement would be felt "in all dimensions of the personnel function: hiring, training, dismissals, monitoring and evaluation, and compensation". All these issues would require to be addressed. In a passage cited with approval by Gray J., at p. 38 these authors observed:

In short, a number of issues regarding the design of occupational pension plans would have to be addressed if mandatory retirement were not permitted. So, too, would the wage policy followed by many employers, especially when the pension benefit is linked to the employee's earnings. The use of the occupational pension plan as a *vehicle* for deferring a portion of the employee's total compensation to the employee's later work years may be reduced. As before, not permitting mandatory retirement is likely to require compensating adjustments elsewhere in the compensation package and in the set of work rules that govern the workplace.

partie d'ententes contractuelles complexes intimement liées et applicables pendant la vie active et comporte quelque chose comme des prestations de rémunération différée. Cela est certainement vrai dans le cas des travailleurs syndiqués où l'ancienneté joue en quelque sorte le rôle équivalent de la permanence. L'ancienneté ne procure pas seulement aux plus anciens les postes les mieux rémunérés; elle les protège contre les mises à pied qui visent d'abord les plus jeunes. Et point n'est besoin d'avoir beaucoup d'imagination pour comprendre qu'on sera plus compréhensif et tolérant à l'égard d'une personne qui affiche une baisse de rendement au cours des années qui précèdent la retraite que si elle n'était pas sur le point de se retirer. Comme je l'ai indiqué, ce type d'entente rejoint, par osmose, plusieurs autres secteurs de la main-d'œuvre. Dans plusieurs organisations, la rémunération de l'employé croît avec les années parce qu'on prévoit, ou qu'il est entendu, qu'il partira à un moment donné.

Comme l'indique l'étude des professeurs Gunderson et Pesando produite par les intimés, la retraite obligatoire ne peut être envisagée de façon isolée. De l'avis de ces auteurs, les répercussions de l'abolition de la retraite obligatoire se feraient sentir [TRADUCTION] «dans tous les aspects du rôle du personnel: l'embauche, la formation, les renvois, la surveillance et l'évaluation, et la rémunération». Il faudrait aborder toutes ces questions. Dans un passage cité et approuvé par le juge Gray à la p. 38, ces auteurs font remarquer:

[TRADUCTION] Bref, un certain nombre de questions concernant la conception des régimes de retraite liés à l'emploi devraient être examinées s'il n'y avait pas de retraite obligatoire. Il en serait de même de la politique salariale de nombreux employeurs, particulièrement lorsque les prestations de retraite sont fonction de la rémunération de l'employé. L'utilisation d'un régime de retraite lié à l'emploi comme *moyen* de reporter une partie de tous les gains de l'employé au cours de ses dernières années de travail peut diminuer. Comme autrefois, si on n'autorise pas la retraite obligatoire, il est probable que des ajustements de prestation seront nécessaires à d'autres niveaux dans l'ensemble de la rémunération et des règles du travail qui régissent le milieu du travail.

In tinkering with mandatory retirement, we are affecting an institution closely intertwined with other organizing rules of the workplace.

The parties presented competing social science evidence on each of these issues. The appellants began by underlining that mandatory retirement simply constituted arbitrary treatment of individuals on the sole ground that they are members of an identifiable group, citing the 1985 Federal Parliamentary Committee on Equality Rights, *Equality For All*, at p. 21. While there may be some jobs where mandatory retirement can be justified on the basis of a reasonable and *bona fide* occupational qualification, they said, s. 9(a) does not differentiate between these jobs and those where it cannot be so justified. It would, they added, be easy to design a scheme permitting mandatory retirement only in workplaces where it was required, for example, to preserve the integrity of existing pension plans or to implement a scheme to hire younger persons. At all events, they argued, the evidence they submitted disclosed: that the abolition of mandatory retirement would not increase youth employment; that pension plans do not require mandatory retirement to provide financial security for employees; and that it would not have a significant effect on personnel policies, including deferred compensation, dismissals, evaluation and monitoring, or planning considerations which were in any event matters only of administrative convenience or costs. They drew attention to the fact that in several Canadian jurisdictions, New Brunswick, Quebec and Manitoba, mandatory retirement had been abolished without adverse effects, and the same was true of Maine.

The respondents naturally submitted evidence supporting the opposite conclusions. Their argument and evidence in support was that a number of consequences would likely arise at all stages of the employment relationship. At the hiring stage, it could reduce youth employment opportunities. As well, employers might be reluctant to hire

En remaniant la retraite obligatoire, nous touchons à une institution qui est intimement liée à d'autres règles d'organisation du milieu du travail.

a Les parties ont présenté des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales sur chacune de ces questions. Les appelants ont d'abord souligné que la retraite obligatoire représentait simplement un traitement arbitraire d'individus b pour la seule raison qu'ils sont membres d'un groupe identifiable, citant le Comité parlementaire fédéral de 1985 sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous*, à la p. 24. Bien qu'il puisse y avoir des emplois où la retraite obligatoire peut être justifiée c comme exigence professionnelle normale et raisonnable, ils ont affirmé que l'al. 9a) n'établit pas de distinction entre ces emplois et ceux où elle ne peut être justifiée. Ils ont ajouté qu'il serait facile de d concevoir un régime où la retraite obligatoire ne s'appliquerait que dans les milieux de travail où elle serait requise, par exemple, pour protéger l'intégrité des régimes de retraite existants ou pour e mettre en place un régime d'embauche de personnes plus jeunes. Quoi qu'il en soit, ils ont prétendu que les éléments de preuve produits révélaient que l'abolition de la retraite obligatoire n'augmenterait pas l'emploi chez les jeunes, que les régimes de retraite n'ont pas à prévoir de retraite obligatoire f pour procurer une sécurité financière aux employés et que la retraite obligatoire n'aurait pas de répercussions importantes sur les politiques en matière de personnel, dont la rémunération différée, les renvois, l'évaluation et la surveillance, ni g sur les questions de planification qui, somme toute, ne sont que des questions de commodité administrative, ni sur les coûts. Ils ont attiré notre attention sur le fait que dans plusieurs provinces canadiennes, savoir le Nouveau-Brunswick, le Québec h et le Manitoba, la retraite obligatoire a été abolie sans effet néfaste, et qu'il en est de même dans le Maine.

i Les intimés ont évidemment présenté des éléments de preuve à l'appui de conclusions contraires. Selon leur argumentation et les éléments de preuve à l'appui de celle-ci, il est probable qu'un j certain nombre de conséquences se feraient sentir à toutes les étapes des relations employeur-employé. À l'étape de l'embauche, il pourrait y

middle-aged workers in the absence of a known age when the contract must end, and this might restrict promotion opportunities for older workers. Deferred compensation would not be as feasible. As to working conditions, the evidence they presented was to the following effect: dismissals of older workers would likely increase; monitoring and evaluation of all workers would also increase; so too would continuous monitoring and evaluation; ultimately, compensation of older workers would fall and that of younger workers would rise; the importance of seniority would be affected. In addition, the design of occupational pension plans would have to be reviewed. As now constituted, these plans form part of deferred compensation schemes which generally benefit workers.

In the face of these competing views, it should not be altogether surprising that the Legislature opted for a cautious approach to the matter. The Legislature, like this Court, was faced with competing socio-economic theories, about which respected academics not unnaturally differ. In my view, the Legislature is entitled to choose between them and surely to proceed cautiously in effecting change on such important issues of social and economic concern. On issues of this kind, where there is competing social science evidence, I have already discussed what *Irwin Toy, supra*, has told us about the stance the Court should take. In a word, the question for this Court is whether the government had a reasonable basis for concluding that the legislation impaired the relevant right as little as possible given the government's pressing and substantial objectives.

We are told that a number of jurisdictions have removed mandatory retirement and the apprehended effects have not resulted. I should say, first of all, that this step did not result from judicial fiat, but out of a legislative choice. A

avoir réduction des chances d'emploi chez les jeunes. En outre, les employeurs pourraient hésiter à embaucher des travailleurs d'âge moyen si on ne précisait pas l'âge où le contrat devrait prendre fin, ce qui pourrait également restreindre les chances de promotion des travailleurs plus âgés. La mise en place d'un régime de rémunération différée ne serait pas réalisable. Quant aux conditions de travail, les éléments de preuve présentés portent que le renvoi des travailleurs plus âgés augmenterait vraisemblablement, qu'il y aurait également augmentation de la surveillance et de l'évaluation de tous les travailleurs, qu'il en irait de même de la surveillance et de l'évaluation continues, qu'en fin de compte le salaire des travailleurs plus âgés diminuerait et celui des travailleurs plus jeunes augmenterait, et que l'importance de l'ancienneté ne serait plus la même. En outre, il faudrait revoir la conception des régimes de retraite liés à l'emploi. Tels qu'ils existent actuellement, ces régimes font partie des régimes de rémunération différée qui favorisent généralement les travailleurs.

Face à ces opinions contraires, il ne serait pas du tout surprenant que le législateur ait choisi d'aborder la question avec prudence. Comme notre Cour, le législateur avait devant lui des théories socio-économiques concurrentes à l'égard desquelles d'éminents professeurs ont naturellement des opinions divergentes. À mon avis, le législateur peut faire un choix entre elles et agir certainement avec prudence en apportant des modifications à des questions socio-économiques si importantes. Au sujet de ce genre de questions où il existe des éléments de preuve opposés en matière de sciences sociales, j'ai déjà mentionné ce que l'arrêt *Irwin Toy*, précité, nous a dit de la position que devrait adopter la Cour. En deux mots, la question que doit trancher notre Cour est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure que la Loi portait le moins possible atteinte au droit visé, compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

On nous a dit que plusieurs provinces ont aboli la retraite obligatoire et que les effets appréhendés ne se sont pas produits. Je dois dire premièrement que cette décision ne résultait pas d'une autorisation judiciaire, mais d'un choix du législateur.

study on the Maine legislation to which I have already referred (see Kertzer, *supra*, at p. 168) reveals the incremental way in which a legislative process for the abolition of mandatory retirement proceeded. More important, however, is that we do not really know what the ramifications of these new schemes will be and the evidence is that it will be some 15 to 20 years before a reliable analysis can be made. The American data available is open to question because the "tax back" features of the American social security legislation discourage workers from continuing to work beyond the normal retirement age. We thus do not really know how many workers will opt for a longer working life in a climate where 65 is no longer the normal age and thus the nature and extent of the impact the removal of mandatory retirement would have on the organization of the workplace.

Take the issue of pensions. The importance of this issue and its interrelationship with mandatory retirement is set forth by Professors Gunderson and Pesando [in their joint affidavit sworn February 6, 1986] in the following passage (at p. 8):

Mandatory retirement, as part of a collective agreement or a company personnel policy, is highly correlated with the existence of occupational pension plans. For example, the Conference Board report (page 7) indicates that ninety-six per cent of their respondents with a pension plan have a mandatory retirement policy. A recent Labour Canada report indicates that 95 per cent of the pension plans in Canadian collective agreements of 500 or more employees contain mandatory retirement clauses, and that approximately 70 per cent of these agreements contain pension provisions. Therefore, about two-thirds of these major collective agreements have mandatory retirement provisions.

The appellants nonetheless argue that the removal of mandatory retirement has no demonstrated effect on pensions, and that any dislocations resulting from such removal could easily be adjusted. But there is strong evidence to support Dickson C.J.'s remark in *Beauregard v. Canada*, [1986] 2

L'étude dont j'ai déjà parlé au sujet de la loi du Maine (voir Kertzer, précité, à la p. 168) révèle les étapes du processus législatif qui a conduit à l'abolition de la retraite obligatoire. Ce qui est cependant plus important, c'est que nous ne connaissons pas vraiment les incidences de ces nouveaux régimes et la preuve indique qu'il faudra attendre 15 à 20 ans avant de pouvoir en faire une analyse sérieuse. On peut douter des données américaines parce que les dispositions de réimposition de la loi américaine sur la sécurité sociale n'encouragent pas les travailleurs à poursuivre leur emploi au-delà de l'âge normal de la retraite. Nous ne connaissons donc pas vraiment le nombre de travailleurs qui choisiront de rester sur le marché du travail plus longtemps lorsque l'âge normal de la retraite ne sera plus de 65 ans ni, par conséquent, la nature et la portée des répercussions de l'abolition de la retraite obligatoire sur l'organisation du milieu du travail.

Prenons la question des pensions. Les professeurs Gunderson et Pesando [dans leur affidavit commun en date du 6 février 1986] font ressortir l'importance de cette question et sa corrélation avec la retraite obligatoire dans l'extrait suivant (à la p. 8):

[TRADUCTION] La retraite obligatoire, comme élément d'une convention collective ou de la politique d'une société en matière de personnel, est intimement liée à l'existence de régimes de retraite liés à l'emploi. Par exemple, le rapport du Conference Board (page 7) indique que quatre-vingt-seize pour cent des personnes interrogées qui ont un régime de retraite ont une politique de mise à la retraite obligatoire. Un rapport récent de Travail Canada indique que 95 pour 100 des régimes de retraite dans les conventions collectives de 500 employés ou plus au Canada comportent des clauses sur la retraite obligatoire, et que près de 70 pour 100 de ces conventions ont des dispositions relatives au régime de retraite. Par conséquent, près des deux tiers de ces grandes conventions collectives ont des dispositions sur la retraite obligatoire.

Les appelants prétendent néanmoins qu'il n'est pas prouvé que la suppression de la retraite obligatoire a un effet sur les pensions et que tout bouleversement résultant de cette suppression pourrait facilement être corrigé. Mais il existe des éléments de preuve solides à l'appui de l'observation du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Beauregard c.*

ship between salaries and pensions". Professors Gunderson and Pesando put it this way:

Especially if the employee's pension is linked to the employee's earnings just prior to retirement, the pension plan is likely to be an important vehicle through which the deferral of total compensation takes place (James E. Pesando, "The Usefulness of the Wind-Up Measure of Pension Liabilities," *Journal of Finance*, July 1985, entered as Exhibit "L"). The pension benefits earned each year tend to rise with the employee's age and years of service. Pension benefits become more valuable as the employee nears the age at which they become payable, and wage increases granted the employee have a magnified impact through the benefit formula. Without mandatory retirement, there would likely be a reduction in the willingness of employers to defer compensation. This would require adjustments in pay policy and/or the pension plan on this account.

There is concern that if the age of retirement is lifted, social security benefits will be moved upwards.

It can be seen, therefore, that the concern about mandatory retirement is not about mere administrative convenience in dealing with a small percentage of the population. The concern is with the impact the removal of a rule that is generally beneficial for workers would have on the compelling objectives the Legislature has sought to achieve.

It is argued that the Legislature should tailor the legislation so as to permit mandatory retirement only in those industries where age constitutes a reasonable and *bona fide* employment requirement. As we saw in discussing university policies, however, one is not necessarily concerned with whether a particular individual is or is not competent to do the job. We are concerned with whether a private organization should or should not be organized in those terms; see also *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, *supra*. It seems difficult to see how the Legislature could in the absence of an examination in context of factors such as were analyzed in the university context and in the context of these companion cases be

Canada, [1986] 2 R.C.S. 56, à la p. 83, portant qu'«il existe un rapport étroit entre les traitements et les pensions». Les professeurs Gunderson et Pesando l'expliquent ainsi:

^a [TRADUCTION] Surtout si la pension de l'employé est fonction de ses rétributions juste avant la retraite, le régime de retraite risque d'être un moyen important de différer le versement de tous les gains (James E. Pesando, «The Usefulness of the Wind-Up Measure of Pension Liabilities», *Journal of Finance*, juillet 1985, produit comme pièce «L»). Les prestations de retraite accumulées chaque année ont tendance à augmenter avec l'âge et les années de service de l'employé. Les prestations de retraite augmentent de valeur au fur et à mesure que l'employé se rapproche de l'âge où elles devront être versées et les augmentations de salaire accordées à l'employé ont un effet amplifié grâce à la formule des prestations. Sans retraite obligatoire, les employeurs auraient vraisemblablement moins tendance ^b à différer la rémunération. Il faudrait alors apporter des ajustements à ce propos aux politiques salariales ou au régime de retraite, ou aux deux à la fois. ^c ^d

On craint que si l'âge de la retraite est repoussé, ^e les prestations de sécurité sociale n'augmentent.

On comprend donc que les préoccupations au sujet de la retraite obligatoire ne portent pas sur de simples questions de commodité administrative relativement à un petit pourcentage de la population. Les préoccupations portent sur les répercussions qu'aurait la suppression d'une règle qui est généralement avantageuse pour les travailleurs sur ^f les objectifs impérieux que vise le législateur. ^g

On prétend que le législateur devrait adapter la Loi de façon à ne permettre la retraite obligatoire que dans les industries où l'âge constitue une ^h exigence professionnelle normale et raisonnable. Comme nous l'avons cependant vu au moment de l'examen des politiques des universités, la question n'est pas forcément de savoir si un individu en particulier est ou n'est pas compétent pour faire le travail. La question est de savoir si un organisme privé devrait être organisé ainsi; voir également ⁱ l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, précité. Il semble difficile de voir comment le législateur pourrait le prédire en l'absence d'un examen des facteurs dans leur contexte comme ^j ceux qui ont été examinés dans le contexte des

able to divine this ahead of time. Nor is it by any means obvious that a Human Rights Commission is necessarily the most appropriate body to make that assessment.

Indeed, there are not only valid economic reasons, but sound reasons of social policy, for the Legislature's not imposing its will in the area. Mandatory retirement is not government policy in respect of which the *Charter* may be directly invoked. It is an arrangement negotiated in the private sector, and it can only be brought into the ambit of the *Charter* tangentially because the Legislature has attempted to protect, not attack, a *Charter* value. This is not a case like *Blainey*, *supra*, where the provision in question could only have a discriminatory purpose.

It must be remembered that what we are dealing with is not regulation of the government's employees; nor is it government policy favouring mandatory retirement. It simply reflects a permissive policy. It allows those in different parts of the private sector to determine their work conditions for themselves, either personally or through their representative organizations. It was not a condition imposed on employees. Rather it derives in substantial measure from arrangements which the union movement or individual employees have struggled to obtain. It results from employment contracts that ensure stable, long-term employment, and some security for retirement. Far from being an unmitigated evil, it forms, as Professor Gunderson puts it, "an intricate part of the inter-related employment relationship" that is generally beneficial to both employers and employees. Expectations have built up on both sides.

As I stated, the labour movement, which comprises the most protected group of employees, fought for it for many years. University faculties and personnel, with which we are directly concerned here, actively sought it. The labour movement is now worried about its elimination. The Canadian Labour Congress adopted a resolution

universités et dans le contexte des arrêts connexes. Et il est loin d'être certain qu'une commission des droits de la personne soit nécessairement le meilleur organisme pour faire cette évaluation.

^a En réalité, il existe de bonnes raisons non seulement sur le plan économique, mais encore sur celui de la politique sociale, pour lesquelles le législateur n'a pas imposé sa volonté dans ce domaine. La retraite obligatoire n'est pas une politique du gouvernement au sujet de laquelle la *Charte* peut être invoquée directement. Il s'agit d'une entente négociée dans le secteur privé et elle ne peut relever de la *Charte* que de façon indirecte parce que le législateur a tenté de protéger, et non pas de contester, une valeur reconnue par la *Charte*. Il ne s'agit pas d'une affaire comme l'arrêt *Blainey*, précité, où la disposition en question ne pouvait qu'avoir un objet discriminatoire.

^d Il faut se rappeler que nous n'avons pas affaire à un règlement applicable aux employés du gouvernement; il ne s'agit pas non plus d'une politique gouvernementale qui favorise la retraite obligatoire. Il s'agit simplement d'une politique facultative. Elle permet à ceux qui travaillent dans des divers domaines du secteur privé de fixer leurs conditions de travail, soit personnellement, soit par l'intermédiaire des organisations qui les représentent. Il ne s'agit pas d'une condition imposée aux employés. Elle résulte plutôt en bonne partie des ententes que le mouvement syndical ou des employés, pris individuellement, ont réussi à obtenir avec peine. Elle découle des contrats d'emploi qui garantissent un travail stable et à long terme et une certaine sécurité au moment de la retraite. Loin d'être un véritable fléau, elle fait, comme l'explique le professeur Gunderson, [TRADUCTION] «partie des complexités des relations de travail» qui profitent généralement tant aux employeurs qu'aux employés. Des deux côtés, les attentes se sont intensifiées.

ⁱ Comme je l'ai dit, le mouvement syndical, qui englobe le groupe d'employés le mieux protégé, s'est battu pendant plusieurs années pour l'obtenir. Les professeurs et le personnel des universités, qui sont directement visés en l'espèce, l'ont activement demandée. Le mouvement syndical s'inquiète maintenant de sa suppression. Le Congrès du Tra-

on the subject (No. 377), passed in 1980 and confirmed in 1982, which reads as follows:

WHEREAS the organized labour movement has fought hard and long legislative battles to establish the mandatory retirement age of sixty-five (65) years; and

WHEREAS the labour movement has continued to press for a lowering of the retirement age with adequate pensions in order that workers may enjoy a few years of leisure in good health; and

WHEREAS a mandatory retirement age provides employment for Canada's youth entering the labour market for the first time; and

WHEREAS there has been recent discussion and especially Senator David Croll's report expressing some desire to end the mandatory retirement age and encourage a system of voluntary retirement;

BE IT RESOLVED that the Canadian Labour Congress oppose the erosion of the mandatory retirement system, and that the current permissive legal framework with regard to mandatory retirement be maintained, so that the unions that wish to accept mandatory retirement are free to do so and those that wish to eliminate it can do so through collective bargaining.

Involved here, as I indicated, are important social as well as economic values. The present situation allows the parties concerned, the employers and the employees, the freedom to agree about an issue of central importance to their lives and activities. The freedom of employers and employees to determine conditions of the workplace for themselves through a process of bargaining is a very desirable goal in a free society. Certainly, the parties involved desire it. The employers are contesting this action. The labour movement, which represents a significant portion of the labour force and whose efforts have benefited other workers, both through legislation adopting standard conditions in collective agreements and through private agreements that emulate them, contests it as well.

Both employers and employees may prefer a contractual relationship which includes a definite termination date rather than an indefinite work term, because such an agreement provides a

vail du Canada a adopté en 1980 et confirmé en 1982 une résolution (n° 377) à ce sujet qui se lit ainsi:

[TRADUCTION] ATTENDU que le mouvement syndical s'est longtemps et durement battu pour obtenir une loi établissant la retraite obligatoire à soixante-cinq (65) ans;

ATTENDU que le mouvement syndical a continué de faire pression pour que l'âge de la retraite soit abaissé et la pension suffisante afin que les travailleurs puissent jouir en bonne santé de quelques années de loisirs;

ATTENDU qu'un âge de retraite obligatoire ouvre des emplois aux jeunes Canadiens qui font leur entrée sur le marché du travail;

ATTENDU qu'on a récemment exprimé le désir, dans certaines discussions et en particulier dans le rapport du sénateur David Croll, de mettre fin au régime de retraite obligatoire et d'instaurer un régime de retraite facultative;

IL EST RÉSOLU que le Congrès du Travail du Canada s'oppose à tout affaiblissement du système de retraite obligatoire et que le contexte légal facultatif actuel soit maintenu de sorte que les syndicats qui sont disposés à accepter la retraite obligatoire soient libres de le faire et que ceux qui veulent l'éliminer puissent le faire par la négociation collective.

Comme je l'ai indiqué, il est question en l'espèce de valeurs sociales et économiques importantes. La situation actuelle reconnaît aux parties concernées, les employeurs et les employés, la liberté de négocier une entente sur une question d'importance cruciale pour leur vie et leurs activités. La liberté des employeurs et des employés de fixer leurs conditions de travail au moyen d'un processus de négociation est un objectif très souhaitable dans une société libre. Les parties visées le souhaitent certainement. Les employeurs contestent cette action. Le mouvement syndical, qui représente une partie importante de la population active et dont les efforts ont profité à d'autres travailleurs, grâce à l'adoption de lois fixant des conditions normalisées pour les conventions collectives et à des ententes privées qui les reproduisent, la conteste également.

Les employeurs et les employés peuvent préférer les relations contractuelles qui prévoient une date fixe de cessation d'emploi plutôt qu'une période indéterminée de travail, parce qu'une telle entente

number of benefits to both parties. I have already referred to these — a type of deferred compensation scheme, periodic as opposed to continuous monitoring that may prevail if an employee's compensation is tied to productivity at all times, a "due process" scheme achieved through seniority rules, consensual evaluation and promotion procedures, a known time ending the work relationship which permits both employer and employee to engage in long-term planning, and a desire for a termination date that allows the individual to retire with dignity. These are looked upon by both sides as characteristics of a lifetime contractual arrangement in which mandatory retirement is an integral part. Though an individual may, quite understandably, object to being mandatorily retired when he or she becomes 65, it does not alter the fact that this was the arrangement that underlay the expectations of both parties at the beginning and throughout the employee's working life and for which they contracted.

I do not intend here to take sides on the economic arguments, and it may well be that acceptable arrangements can be worked out over time to take more sensitive account of the disadvantages resulting to the aged from present arrangements. But I am not prepared to say that the course adopted by the Legislature, in the social and historical context through which we are now passing, is not one that reasonably balances the competing social demands which our society must address. The fact that other jurisdictions have taken a different view proves only that the Legislatures there adopted a different balance to a complex set of competing values. The latter choice may impinge on important rights of others, especially those near retirement. The observations I made in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 795, have application here:

By the foregoing, I do not mean to suggest that this Court should, as a general rule, defer to legislative judgments when those judgments trench upon rights considered fundamental in a free and democratic socie-

procure un certain nombre d'avantages aux deux parties. Je les ai déjà mentionnés — une forme de régime de rémunération différée, un contrôle périodique plutôt que permanent qui peut l'emporter si la rémunération d'un employé est toujours liée à la productivité, un régime [TRADUCTION] «d'équité» grâce à des règles d'ancienneté, des procédures d'évaluation et de promotion consensuelles, une date fixe de cessation d'emploi permettant à l'employeur et à l'employé d'entreprendre une planification à long terme, et la volonté de fixer une date de cessation qui permettra à l'individu de prendre sa retraite avec dignité. De part et d'autre, on estime qu'il s'agit des caractéristiques d'une entente contractuelle qui lie l'employeur et l'employé pendant la vie active et dont la retraite obligatoire fait intégralement partie. Bien qu'il soit tout à fait compréhensible qu'un individu puisse s'opposer à la retraite obligatoire lorsqu'il atteint 65 ans, cela ne change rien au fait qu'il s'agissait de l'entente qui sous-tendait les attentes des deux parties au début et au cours de la vie active de l'employé et qui faisait l'objet de leur contrat.

Je n'ai pas l'intention en l'espèce de me prononcer sur les arguments économiques et il se peut bien que l'on conclue à l'avenir des ententes acceptables qui tiendront mieux compte des désavantages que comportent les ententes actuelles pour les personnes âgées. Mais je ne suis pas prêt à dire que la ligne de conduite adoptée par le législateur, dans le contexte social et historique que nous connaissons actuellement, n'établit pas un équilibre raisonnable entre les revendications sociales concurrentes auxquelles doit s'attaquer notre société. Le fait que d'autres ressorts aient adopté un point de vue différent prouve seulement que leurs législatures ont adopté un processus d'évaluation différent à l'égard d'un ensemble de valeurs concurrentes complexes. Ce dernier choix peut empiéter sur des droits importants d'autres personnes, particulièrement celles qui sont sur le point d'atteindre l'âge de la retraite. Mes observations dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 795, s'appliquent en l'espèce:

Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre

ty. Quite the contrary, I would have thought the *Charter* established the opposite regime. On the other hand, having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In such circumstances, as I there stated, "a legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures". What a court needs to consider is whether, on the available evidence, the Legislature may reasonably conclude that the protection it accords one group does not unreasonably interfere with a guaranteed right. To repeat the formulation adopted in *Irwin Toy*, *supra*, the Legislature had a reasonable basis for concluding that the rights of the aged were impaired as little as possible given the government's pressing and substantial objectives.

Overbreadth

I have dealt with s. 9(a) of the *Human Rights Code*, 1981 solely in terms of mandatory retirement. That, as I see it, is the real cause of concern about the provision. It is right to say, however, that the appellants' attack on the provision was more comprehensive. In their counsel's view, s. 9(a) denies them any protection against any form of age-based employment discrimination under the Code. Even if it could be justified if confined to mandatory retirement, he argued, it would simply be overbroad.

Counsel did not press this argument too strongly, and in my view rightly so. With respect, it seems to me, the argument addresses concerns that are more fanciful than real. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 795, I cautioned against a too abstract, too theoretical approach to constitutional interpretation. The Constitution, I there observed, must be applied on a realistic basis taking account of the practical, living facts to which legislation is addressed. Here counsel for the

d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Dans ces circonstances, comme je l'ai affirmé dans cet arrêt, «le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées». Une cour de justice doit donc examiner si, compte tenu des éléments de preuve disponibles, le législateur pouvait raisonnablement conclure que la protection qu'il accordait à un groupe ne portait pas atteinte de façon déraisonnable à un droit garanti. Pour reprendre la formulation retenue dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, le législateur était raisonnablement fondé à conclure qu'il portait le moins possible atteinte aux droits des personnes âgées compte tenu des objectifs urgents et réels du gouvernement.

Portée trop large

Je n'ai traité de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne*, 1981 que sous l'angle de la retraite obligatoire. À mon avis, c'est le véritable problème que soulève la disposition. Il est cependant juste de dire que la contestation des appelants était plus large que cela. De l'avis de leur avocat, l'al. 9a) leur nie toute protection, prévue par le Code, contre toute forme de discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Il a prétendu que même si la disposition pouvait se justifier si elle était restreinte à la retraite obligatoire, elle aurait tout simplement une portée trop large.

L'avocat n'a pas trop insisté sur cet argument et j'estime qu'il a bien fait. En toute déférence, il me semble que l'argument porte sur des préoccupations qui sont plus hypothétiques que réelles. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 795, j'ai dit qu'il fallait se garder d'adopter une interprétation des dispositions constitutionnelles qui soit trop abstraite, trop théorique. J'y ai souligné que l'application de la Constitution devait se faire de manière réaliste, compte tenu de la

appellants was hard-pressed to give an example of age-based discrimination that would not otherwise be covered by the Code. The one example he did give, a highly unlikely situation in the workplace, could be dealt with by the Code as harassment. It would be wrong to let the constitutionality of the legislation hang on the Legislature's failure to address situations that are, for all practical purposes, hypothetical in the workplace. This fussy concern for legislative perfection cannot realistically be expected. In fact, it may be, as counsel for the universities suggested, that the Legislature may have wished to allow some flexibility to make adjustments with respect to hours of work or responsibilities on the basis of age. Nobody doubts that the effective impact of the provision is in relation to mandatory retirement.

Effects

There remains the question whether there is a proportionality between the effects of s. 9(a) of the Code on the guaranteed right and the objectives of the provision. From the perspective from which the arguments were, for the most part, advanced, I could say, as I did in respect of the universities' policies, that this enquiry really involved the same considerations as were discussed in dealing with the issue of whether the legislation met the test of minimal impairment.

That is certainly true, but it seems to me that the legislation may usefully be approached from a rather different, and probably truer, perspective. It is important to keep in mind that the Legislature did not purport to legislate about mandatory retirement at all. What it genuinely sought to do was to protect individuals within a particular age range. Given the macro-economic and social concerns of extending this protection beyond 65, it did not accord the same protection beyond that age. The effect, of course, was to deny equal protection of the law for those over 65, just as, I suppose, government does not accord equal benefit of the

réalité pratique de la vie que vise la loi. En l'espèce, l'avocat des appelants a eu bien de la difficulté à donner un exemple de discrimination fondée sur l'âge qui ne serait pas par ailleurs visé par le Code. Le seul exemple qu'il ait donné, celui d'une situation hautement improbable en milieu de travail, pourrait être traité par le Code comme du harcèlement. Il serait erroné de laisser la constitutionnalité d'une loi dépendre de l'omission du législateur de viser des situations qui sont, à toutes fins pratiques, hypothétiques en milieu de travail. Ce souci méticuleux d'avoir des lois parfaites ne peut, en toute logique, être exigé. En réalité, comme l'avocat des universités l'a laissé entendre, il se peut que le législateur ait voulu permettre une certaine souplesse de manière à pouvoir faire des ajustements en ce qui concerne les heures de travail ou les obligations compte tenu de l'âge. Personne ne conteste que le véritable effet de la disposition porte sur la retraite obligatoire.

Effets

Il reste à savoir s'il y a proportionnalité entre les effets de l'al. 9a) du Code sur le droit garanti et les objectifs de la disposition. Compte tenu de la perspective dans laquelle la plupart des arguments ont été présentés, je pourrais dire, comme je l'ai fait à l'égard des politiques des universités, que cet examen comporte réellement les mêmes considérations que celles que nous avons examinées pour déterminer si la Loi satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.

S'il en est certainement ainsi, il me semble cependant que la Loi peut être utilement abordée sous un angle plutôt différent et plus conforme à la réalité. Il est important d'avoir à l'esprit que le législateur n'a pas voulu légiférer en matière de retraite obligatoire. Ce qu'il a véritablement tenté de faire était de protéger les individus d'une catégorie d'âge particulière. Compte tenu des préoccupations macro-économiques et sociales que comporte l'extension de cette protection au-delà de 65 ans, il n'a pas accordé la même protection au-delà de cet âge. Cela a évidemment eu pour effet de priver les personnes de plus de 65 ans de la même protection de la loi, au même titre, j'imagine, que le gouvernement n'accorde pas le même bénéfice de la loi lorsqu'il accorde une pension de vieillesse

law by granting old age pensions at 65, rather than at 63 or 64 for those who need it.

It seems to me, however, that the courts must exercise considerable caution in approaching this type of *Charter* problem. This is not a case like *Blainey, supra*, where there is no legitimate ground to support a provision. It is quite obvious from looking at the situation there that the different treatment accorded women was simply based on an irrelevant personal trait. In short, it was sex discrimination. The situation is quite different here. The Legislature sought to provide protection for a group which it perceived to be most in need and did not include others for rational and serious considerations that, it had reasonable grounds to believe, would seriously affect the rights of others.

In looking at this type of issue, it is important to remember that a Legislature should not be obliged to deal with all aspects of a problem at once. It must surely be permitted to take incremental measures. It must be given reasonable leeway to deal with problems one step at a time, to balance possible inequalities under the law against other inequalities resulting from the adoption of a course of action, and to take account of the difficulties, whether social, economic or budgetary, that would arise if it attempted to deal with social and economic problems in their entirety, assuming such problems can ever be perceived in their entirety. This Court has had occasion to advert to possibilities of this kind. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, Dickson C.J., there dealing with the regulation of business and industry, had this to say, at p. 772:

I might add that in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy. In this context, I agree with the opinion expressed by the United States Supreme Court in *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489:

Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so

aux personnes de 65 ans plutôt qu'à celles de 63 ou 64 ans qui en ont besoin.

J'estime cependant que les tribunaux doivent agir très prudemment en abordant ce type de problème visé par la *Charte*. Il ne s'agit pas d'un cas comme l'arrêt *Blainey*, précité, où aucune raison légitime ne justifiait l'existence d'une disposition. Il ressort très clairement de l'examen de la situation dans cet arrêt que le traitement différent accordé aux femmes était simplement fondé sur un trait personnel non pertinent. Bref, il s'agissait de discrimination fondée sur le sexe. En l'espèce, la situation est très différente. Le législateur a voulu accorder une protection à un groupe qu'il estimait être celui qui en avait le plus besoin et il a exclu les autres en raison de considérations logiques et sérieuses dont il était raisonnablement fondé à croire qu'elles porteraient sérieusement atteinte aux droits des autres.

Dans l'examen de ce genre de questions, il est important de se rappeler qu'un législateur ne peut être tenu de traiter tous les aspects d'un problème à la fois. Il doit certainement pouvoir adopter des mesures progressives. Il doit avoir une marge de manœuvre raisonnable pour traiter des problèmes étape par étape, pour soupeser les inégalités qui peuvent découler de la loi en fonction des autres inégalités qui résultent de l'adoption d'une ligne de conduite, et pour tenir compte des difficultés, qu'elles soient de nature sociale, économique ou budgétaire, qui se présenteraient s'il tentait de traiter des problèmes socio-économiques dans leur ensemble, en supposant qu'il soit possible de les saisir dans leur ensemble. Notre Cour a eu l'occasion de discuter de possibilités de ce genre. Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, le juge en chef Dickson, traitant de la réglementation du commerce et de l'industrie, dit, à la p. 772:

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

[TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des

the legislature may think . . . Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind . . . The legislature may select one phase of one field and apply a remedy there, neglecting the others.

The question becomes whether the cut-off point can be reasonably supported. In *Blainey*, it could not. Here I think it can and I do not think (though this is a matter that always bears scrutiny) that the cut-off point, which is not only reasonable but is appropriately defined in terms of age, is necessarily invalid because this is a prohibited ground of discrimination. The *Charter* itself by its authorization of affirmative action under s. 15(2) recognized that legitimate measures for dealing with inequality might themselves create inequalities. It should not, therefore, be cause for surprise that s. 1 of the *Charter* should allow for partial solutions to discrimination where there are reasonable grounds for limiting a measure.

This leads to a final consideration. The *Charter*, we saw earlier, was expressly framed so as not to apply to private conduct. It left the task of regulating and advancing the cause of human rights in the private sector to the legislative branch. This invites a measure of deference for legislative choice. As counsel for the Attorney General for Saskatchewan colourfully put it, this “should lead us to ensure that the *Charter* doesn’t do through the back door what it clearly can’t do through the front door”. Not, I repeat, that the courts should stand idly by in the face of a breach of human rights in the Code itself, as occurred in *Blainey*. But generally, the courts should not lightly use the *Charter* to second-guess legislative judgment as to just how quickly it should proceed in moving forward towards the ideal of equality. The courts should adopt a stance that encourages legislative advances in the protection of human rights. Some of the steps adopted may well fall short of perfection, but as earlier mentioned, the recognition of human rights emerges slowly out of the human condition, and short or incremental steps may at

proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire . . . Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s’attaquant qu’à la phase du problème que le législateur estime la plus critique . . . Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres.

La question est donc de savoir si la ligne de démarcation peut être raisonnablement justifiée. Dans l’arrêt *Blainey*, elle ne le pouvait pas. En l’espèce, je pense qu’elle peut l’être et je ne crois pas (bien qu’il s’agisse d’une question qui est toujours sujette à examen) que la ligne de démarcation, qui est non seulement raisonnable mais convenablement définie en fonction de l’âge, soit nécessairement invalide parce qu’il s’agit d’un motif de discrimination prohibé. En autorisant les programmes de promotion sociale en vertu du par. 15(2), la *Charte* reconnaît elle-même que des mesures légitimes prises pour traiter des problèmes d’inégalité peuvent elles-mêmes créer des inégalités. Il ne faudrait donc pas être surpris que l’article premier de la *Charte* permette d’apporter des solutions partielles à la discrimination lorsqu’il existe des motifs raisonnables de limiter une mesure.

Une dernière remarque s’impose. Nous avons vu déjà que la *Charte* a été expressément conçue de façon à ne pas s’appliquer aux actions privées. Elle remet entre les mains du pouvoir législatif la tâche de régler et de promouvoir la cause des droits de la personne dans le secteur privé. Cela incite à faire preuve d’une certaine retenue à l’égard du choix du législateur. Comme le substitut du procureur général de la Saskatchewan l’a dit, [TRADUCTION] «cela devrait nous inciter à veiller à ce que la *Charte* ne fasse indirectement ce qui lui est clairement interdit de faire directement». Ce qui, je le répète, ne veut pas dire que les tribunaux doivent rester figés lorsqu’il y a violation des droits de la personne dans le Code lui-même, comme cela s’est produit dans l’affaire *Blainey*. Mais de façon générale, les tribunaux ne devraient pas se servir à la légère de la *Charte* pour se prononcer après coup sur le jugement du législateur afin de déterminer le rythme qu’il devrait emprunter pour parvenir à l’idéal de l’égalité. Les tribunaux devraient adopter une attitude qui encourage les progrès législatifs en matière de protection des droits de la

times be a harbinger of a developing right, a further step in the long journey towards full and ungrudging recognition of the dignity of the human person.

Disposition

I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, violate the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. Is s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, demonstrably justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

3. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the mandatory retirement provisions of the respondent universities?

No.

4. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, do the mandatory retirement provisions enacted by each of them infringe s. 15(1) of the *Charter*?

If these provisions had been enacted by government, they would infringe s. 15(1) of the *Charter*.

5. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, are the mandatory retirement provisions enacted by each of them demonstrably justified by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

personne. Certaines des mesures adoptées ne sont peut-être pas parfaites, mais comme je l'ai déjà mentionné, la reconnaissance des droits de la personne émerge lentement de l'expérience humaine et le fait d'avancer à petits pas ou progressivement peut parfois laisser présager la naissance d'un droit et constituer un autre jalon dans le long processus vers une reconnaissance pleine et entière de la dignité de la personne humaine.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

Non.

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

Si ces dispositions avaient été adoptées par le gouvernement, elles porteraient atteinte au par. 15(1) de la *Charte*.

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

If question 4 had been answered in the affirmative, these provisions would nevertheless be justified under s. 1 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—This appeal and those heard along with it were grouped together in order that this Court review the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to a number of different entities performing different kinds of public functions which the government has an interest in having performed. It was hoped that through an examination of these entities, their constitutions, their objects, how they were regulated or controlled, how they were funded, and how they conducted their affairs, some criteria could be developed for application in a principled way in determining whether other entities performing such functions or comparable functions were or were not covered by s. 32 of the *Charter*. If such criteria could be developed, as opposed to having each entity brought before the Court and the question addressed on a case by case basis, it would obviously be desirable in that both government and such entities could at least make an informed assessment as to whether or not their conduct would be subject to *Charter* scrutiny. It is with this objective in mind, therefore, that I approach the first question addressed by my colleague Justice La Forest in this appeal, namely does the *Charter* apply to universities?

I. To Whom Does the *Charter* Apply?

Section 32(1) of the *Charter* states:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

The appropriate approach to the interpretation of this section received detailed treatment by this Court in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. At issue was the question whether a court injunction to restrain a union from

Si la quatrième question avait reçu une réponse affirmative, ces dispositions seraient néanmoins justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente) — Ce pourvoi et les autres entendus en même temps ont été regroupés pour permettre à notre Cour d'examiner l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* à un certain nombre d'entités différentes qui remplissent différents types de fonctions publiques que le gouvernement a intérêt à voir remplir. On souhaitait que l'examen de ces entités, de leurs constitutions, de leurs objets, de la manière dont elles sont régies ou contrôlées et de la manière dont elles sont subventionnées et dirigent leurs opérations permettrait de dégager certains critères qui pourraient être appliqués d'une manière structurée pour déterminer si d'autres entités remplissant ces fonctions ou des fonctions comparables sont visées par l'art. 32 de la *Charte*. Il serait évidemment souhaitable que ces critères puissent être formulés, au lieu d'obliger chaque entité à se présenter devant la Cour pour que celle-ci tranche la question en fonction de chaque cas. En effet, le gouvernement et ces entités pourraient à tout le moins porter un jugement éclairé quant à savoir si leur conduite serait sujette à un examen fondé sur la *Charte*. C'est donc avec cet objectif à l'esprit que j'aborde la première question examinée en l'espèce par mon collègue le juge La Forest, savoir la *Charte* s'applique-t-elle aux universités?

I. À qui s'applique la *Charte*?

Le paragraphe 32(1) de la *Charte* prévoit:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Notre Cour a examiné en détail la façon appropriée d'interpréter cette disposition dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573. La question en litige était de savoir si l'injonction prononcée par un tribunal en vue

engaging in secondary picketing infringed a union's freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter*. This, in turn, raised the question whether a court order obtained in the course of a dispute between a company and a union was subject to review under the *Charter*.

Justice McIntyre, speaking for the Court on this issue, began his analysis of the *Charter*'s applicability by observing that s. 32(1) of the *Charter* made clear that the *Charter* applied to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the provinces. But because s. 32(1) made no reference to private parties it was his view that the *Charter* did not apply to private litigation divorced from any connection to government. He then went on to discuss what "government" as used in the section meant. He said at p. 598:

Section 32(1) refers to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the Provinces in respect of all matters within their respective authorities. In this, it may be seen that Parliament and the Legislatures are treated as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government, and therefore where the word "government" is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense — meaning the whole of the governmental apparatus of the state — but to a branch of government. The word "government", following as it does the words "Parliament" and "Legislature", must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government. This is the sense in which one generally speaks of the Government of Canada or of a province. I am of the opinion that the word "government" is used in s. 32 of the *Charter* in the sense of the executive government of Canada and the Provinces. [Emphasis added.]

Having concluded that "government" meant the executive or administrative branch of government, McIntyre J. then moved on to consider the ways in which the executive or administrative branch could violate the *Charter*. He concluded that it could happen in two different ways. The executive could act pursuant to legislation which was itself in violation of the *Charter*. Or it could act on a

d'empêcher un syndicat de faire du piquetage secondaire portait atteinte à la liberté d'expression du syndicat reconnue à l'al. 2b) de la *Charte*. À son tour, cette question soulevait celle de savoir si une ordonnance judiciaire obtenue dans le cadre d'un conflit de travail entre une société et un syndicat pouvait faire l'objet d'un examen en vertu de la *Charte*.

^b Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour sur cette question, a commencé son examen de l'applicabilité de la *Charte* en soulignant que le par. 32(1) de la *Charte* établissait clairement que celle-ci s'appliquait au Parlement et au gouvernement du Canada ainsi qu'aux législatures et aux gouvernements des provinces. Mais parce que les particuliers ne sont pas mentionnés au par. 32(1), il était d'avis que la *Charte* ne s'appliquait pas aux litiges privés en l'absence de tout lien avec le gouvernement. Il a ensuite examiné ce que le terme «gouvernement» signifiait dans cette disposition. Il a affirmé, à la p. 598:

^e Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme «gouvernement» utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général — c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État — mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme «gouvernement» qui suit les termes «Parlement» et «législature», doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province.

^h Je suis d'avis que le mot «gouvernement» utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. [Je souligne.]

ⁱ Ayant conclu que le terme «gouvernement» désignait la branche exécutive ou administrative du gouvernement, le juge McIntyre a ensuite examiné les façons dont la branche exécutive ou administrative pouvait violer la *Charte*. Il a conclu qu'il pouvait y avoir violation de deux manières différentes. Le pouvoir exécutif pouvait agir en application d'une loi qui elle-même violait la *Charte*, ou il

common law principle which resulted in a violation of the *Charter*. He said at p. 599:

It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority. Such action may also depend, however, on the common law, as in the case of the prerogative. To the extent that it relies on statutory authority which constitutes or results in an infringement of a guaranteed right or freedom, the *Charter* will apply and it will be unconstitutional. The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of the common law which constitutes or creates an infringement of a *Charter* right or freedom. In this way the *Charter* will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom. [Emphasis added.]

McIntyre J. then turned to the question that lay at the heart of *Dolphin Delivery*, namely whether for the purposes of *Charter* application a court order should be viewed as government action. He concluded at pp. 600-601 that it should not:

While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of *Charter* application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the courts are not bound by the *Charter*. The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the *Charter* would, it seems to me, widen the scope of *Charter* application to virtually all private litigation. All cases must end, if carried to completion, with an enforcement order and if the *Charter* precludes the making of the order, where a *Charter* right would be infringed, it would seem that all private litigation would be subject to the *Charter*. In my view, this approach will not provide the answer to the question. A more direct and a more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced

pouvait agir en vertu d'un principe de common law qui donnait lieu à une violation de la *Charte*. Il dit, à la p. 599:

Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a ensuite abordé la question centrale de l'arrêt *Dolphin Delivery*, savoir si, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal devrait être considérée comme une action gouvernementale. Il a conclu par la négative, aux pp. 600 et 601:

Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tou[s] les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordonnance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de

must be present before the *Charter* applies. [Emphasis added.]

McIntyre J. acknowledged the difficulty in defining exactly what element of government involvement was necessary in order to bring the *Charter* into play. He did, however, indicate at p. 602 that the *Charter* applied to subordinate legislation such as "regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures". Where government action of this kind was relied on by a private litigant as giving rise to an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* would apply. But a court order alone could not be relied on as constituting government action for *Charter* purposes. He said at p. 603:

Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply.

McIntyre J. concluded his analysis by observing that in the case before him there was no offending statute. There was simply a common law rule that rendered secondary picketing tortious and subject to injunctive restraint on the basis that such picketing induced a breach of contract. While the *Charter* applied to the common law when government action was based upon it, McIntyre J. was of the view that in the case before him there was no government action that would bring the *Charter* into play.

What principles then are to be drawn from *Dolphin Delivery*? It seems to me that there are three:

(i) s. 32(1) of the *Charter* applies to legislation broadly defined and to acts of the executive or administrative branch of government;

(ii) s. 32(1) of the *Charter* does not apply to private litigation divorced from any connection to government; and,

réponse à la question. Pour que la *Charte* s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite. [Je souligne.]

^a Le juge McIntyre a reconnu la difficulté de préciser exactement l'élément de participation gouvernementale nécessaire à l'application de la *Charte*. Il a cependant indiqué, à la p. 602, que la *Charte* s'applique à la législation déléguée comme les «règlement[s], [les] décrets, peut-être [les] règlements municipaux et [les] règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures». Lorsqu'un particulier prétend qu'une action gouvernementale de ce genre entraîne la violation des droits d'un tiers garantis par la *Charte*, celle-ci s'appliquerait. Mais l'ordonnance d'un tribunal ne peut à elle seule être invoquée comme action gouvernementale aux fins de la *Charte*. Il a dit, à la p. 603:

Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas.

Le juge McIntyre a conclu son analyse en soulignant que, dans l'affaire dont il était saisi, il n'y avait pas de loi fautive. Il n'y avait qu'une règle de common law selon laquelle le piquetage secondaire constituait un délit et pouvait faire l'objet d'une injonction visant à l'interdire parce qu'il donnait lieu à la violation d'un contrat. Tout en reconnaissant que la *Charte* s'applique à la common law lorsque l'action gouvernementale se fonde sur celle-ci, le juge McIntyre était d'avis qu'en l'espèce il n'y avait pas d'action gouvernementale susceptible de déclencher l'application de la *Charte*.

^h Quels principes peut-on alors dégager de l'arrêt *Dolphin Delivery*? Il me semble qu'il y en a trois:

ⁱ (i) le paragraphe 32(1) de la *Charte* s'applique à la législation au sens large et aux actions de la branche exécutive ou administrative du gouvernement;

^j (ii) le paragraphe 32(1) de la *Charte* ne s'applique pas aux litiges entre particuliers en l'absence de tout lien avec le gouvernement; et

(iii) a court order does not constitute government action for purposes of *Charter* review.

These conclusions, particularly the second and third, have been the subject of considerable criticism. Some critics have found the Court's interpretation of the section ambiguous. Others simply disagree with it. But it is clear that there are at least two divergent lines of thought underlying the criticism and it might be helpful to address them.

1. *Academic Opinion*

(a) The Common Law/Statute Distinction

A number of critics have interpreted the Court's reasons in *Dolphin Delivery* as drawing a distinction between the common law and legislation and then suggesting that the common law and private litigation are linked and that legislation and litigation in which government is involved are linked. Having interpreted the decision in this manner, the critics then point out that, if this were correct, the *Civil Code of Lower Canada* would be subject to *Charter* review but the bulk of the common law would not. Professor Otis puts the point this way:

Amazingly, the Justices of the Supreme Court of Canada do not appear to have realized that such a sharp distinction between the common law and statute law in applying the *Charter* could be of significant consequence for the civil law system of Quebec. Virtually the whole field of private legal relationships in Quebec is governed by the Civil Code or statutes. If the Court's reasoning in *Dolphin Delivery* is applied to characterize the Code under subsection 32(1), the *Charter* seems likely to have a broader scope in Quebec than in the common law provinces where judge-made law relating to private dealings is immune from direct constitutional challenge. Quebecers potentially enjoy more extensive constitutional protection than other Canadians and, conversely, Quebec's private law is subjected to potentially greater constitutional constraint than its common law counterparts. This arguably amounts to little less than instituting a dual constitutional order in Canada on the slim ground that "government" in subsection 32(1) must be given an institutional connotation.

(iii) une ordonnance judiciaire ne constitue pas une action gouvernementale aux fins d'un examen en vertu de la *Charte*.

Ces conclusions, surtout les deuxième et troisième, ont fait l'objet de nombreuses critiques. Certains ont dit que la Cour avait donné à la disposition une interprétation ambiguë. D'autres ont simplement manifesté leur désaccord. Mais il est clair qu'il existe au moins deux courants de pensée opposés qui sous-tendent les critiques et il peut être utile de les examiner.

1. *La doctrine*

a) La distinction entre la common law et la législation

Plusieurs critiques ont interprété les motifs de la Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery* comme s'ils établissaient une distinction entre la common law et la législation et comme s'ils laissaient entendre que la common law et les litiges entre particuliers sont liés et que la législation et les litiges impliquant le gouvernement sont liés. Ayant interprété l'arrêt de cette manière, les critiques ont ensuite souligné que, si leur opinion était juste, le *Code civil du Bas-Canada* serait assujéti à la *Charte*, mais la majeure partie de la common law ne le serait pas. Le professeur Otis l'explique de cette façon:

[TRADUCTION] Chose étonnante, les juges de la Cour suprême du Canada ne semblent pas avoir pris conscience qu'une distinction si radicale entre la common law et la législation en matière d'application de la *Charte* pourrait avoir des conséquences importantes pour le système de droit civil du Québec. Presque tout le champ des rapports juridiques privés au Québec est régi par le Code civil ou les lois. Si le raisonnement de la Cour est suivi pour qualifier le Code en vertu du paragraphe 32(1), la *Charte* risque d'avoir une portée plus large au Québec que dans les provinces de common law où le droit prétorien en matière privée est soustrait à la contestation constitutionnelle directe. Les Québécois bénéficient donc peut-être d'une plus grande protection constitutionnelle que les autres Canadiens, et, inversement, le droit privé au Québec est assujéti à des restrictions constitutionnelles peut-être plus importantes que le droit des provinces de common law. On peut prétendre que cela ne constitue rien de moins que l'établissement d'une dualité constitutionnelle au Canada fondée sur le motif tenu que le terme «gouvernement» au paragraphe 32(1) doit recevoir une connotation institutionnelle.

(Otis, "The Charter, Private Action and the Supreme Court" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 71, at p. 87.)

Others have made the same point: see Slattery, "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?" (1987), 32 *McGill L.J.* 905, at p. 910; and Howse, "Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law" (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 248, at p. 251. Moreover, Professor Slattery submits that given that in much of Canada the application of the common law ultimately depends on explicit provisions in various Reception Acts, it is difficult to see how one can justify excluding that common law from *Charter* review: see Slattery, *supra*, at p. 910.

Having pointed to one of the ways in which they feel the common law/statute distinction gives rise to difficulties, a number of critics then proceed to attack the distinction at a more general level. Professor Manwaring, for example, observes that it "seems inconsistent to say that the rules governing secondary picketing in British Columbia can be challenged to the extent that they infringe on freedoms of expression solely because they are found in a statute whereas the more restrictive rules in the other jurisdictions cannot be because the legislatures chose consciously not to legislate": see Manwaring, "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*" (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413, at p. 444.

Professor Slattery accepts that important distinctions exist between the common law and legislation but emphasizes that "these differences are irrelevant to the question of the *Charter's* application to private relations": see Slattery, *supra*, at p. 917. He goes on to ask:

Does it make *sense* to hold that the *Charter* applies to relations between private parties where those relations are regulated by legislation, but not when they are governed by the common law? Are there good reasons in

(Otis, «The Charter, Private Action and the Supreme Court» (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 71, à la p. 87.)

D'autres auteurs ont prétendu la même chose: voir Slattery, «The Charter's Relevance to Private Litigation: Does *Dolphin* Deliver?» (1987), 32 *McGill L.J.* 905, à la p. 910; et Howse, «Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law» (1988), 46 *U.T. Fac. L. Rev.* 248, à la p. 251. En outre, le professeur Slattery prétend que, puisque dans la majeure partie du Canada l'application de la common law dépend finalement des dispositions explicites des diverses lois dites Reception Acts, il est difficile de voir comment l'on peut justifier l'exclusion de cette common law d'un examen fondé sur la *Charte*: voir Slattery, précité, à la p. 910.

Après avoir souligné l'une des façons dont la distinction entre la common law et la législation engendre, selon eux, des difficultés, un certain nombre de critiques ont ensuite contesté la distinction de façon plus générale. Par exemple, le professeur Manwaring souligne que [TRADUCTION] «il semble contradictoire de dire que les règles régissant le piquetage secondaire en Colombie-Britannique peuvent être contestées dans la mesure où elles portent atteinte à la liberté d'expression pour la seule raison qu'elles se trouvent dans une loi alors que les règles plus restrictives des autres ressorts ne la violent pas parce que le législateur a choisi délibérément de ne pas légiférer»: voir Manwaring, «Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of *Dolphin Delivery Ltd.*» (1987), 19 *Ottawa L. Rev.* 413, à la p. 444.

Le professeur Slattery reconnaît qu'il existe des distinctions importantes entre la common law et la législation, mais il souligne que [TRADUCTION] «ces différences sont sans rapport avec la question de l'application de la *Charte* aux rapports entre particuliers»: voir Slattery, précité, à la p. 917. Il poursuit en demandant:

[TRADUCTION] Est-il *logique* de prétendre que la *Charte* s'applique aux rapports entre particuliers lorsque ces rapports sont régis par la législation, mais qu'elle ne s'applique pas lorsqu'ils sont régis par la common law?

principle or policy, or in the clear wording of the *Charter*, for reaching this result? Or is the distinction an arbitrary one, producing artificial and unprincipled results? [Emphasis in original.]

And in a passage that captures the essence of much of the criticism directed at the common law/statute distinction, Howse suggests that “McIntyre J.’s identification of common law rules with private ordering and his definition of government action in terms of statute and government activity pursuant to statute represent a formalistic approach to the constitutionally relevant meaning of government action”: see Howse, *supra*, at p. 251.

In my view, this criticism is based on a misinterpretation of the judgment in *Dolphin Delivery*. I cannot find that McIntyre J. identified the common law with private litigation and legislation with litigation in which government is involved. He in fact made it clear that the crucial element was action by the executive or administrative branch of government based on either legislation which violates the *Charter* or a common law principle which results in a violation of the *Charter*. He states very clearly, in my opinion, in the passage I have underlined from p. 599 of his reasons that the *Charter* applies to the common law, whether in public or private litigation, provided the government has acted upon it. Obviously, it follows from his analysis that while legislation (the act of the legislature) can be subject to *Charter* review regardless of any executive or administrative action being based upon it, the common law will not be subject to *Charter* review absent any government action based upon it. This is a necessary conclusion from his view that s. 32(1) requires either a legislative act (legislation broadly construed) or an act of the executive or administrative branch of government based on a common law principle which results in a violation of the *Charter*. This is the consequence, he states, of the *Charter*’s being made applicable in s. 32(1) to legislatures and governments.

Existe-t-il en principe, ou dans le texte clair de la *Charte*, des raisons de parvenir à ce résultat? Ou s’agit-il d’une distinction arbitraire qui entraîne des résultats artificiels et non fondés sur des principes? [En italique dans l’original.]

Et dans un passage qui saisit l’essence de la plupart des critiques concernant la distinction entre la common law et la législation, Howse explique que [TRADUCTION] «l’association que fait le juge McIntyre des règles de common law avec les ordonnances de nature privée et sa définition de l’action gouvernementale en fonction de la législation et des activités gouvernementales poursuivies en application de la loi constituent une interprétation formaliste de la signification constitutionnelle pertinente de l’action gouvernementale»: voir Howse, précité, à la p. 251.

À mon avis, cette critique est fondée sur une mauvaise interprétation de l’arrêt *Dolphin Delivery*. Je ne puis conclure que le juge McIntyre a assimilé la common law aux litiges entre particuliers et la législation aux litiges impliquant le gouvernement. En réalité, il a dit clairement que l’élément crucial était une action de la branche exécutive ou administrative du gouvernement fondée soit sur une loi qui viole la *Charte* soit sur un principe de common law qui entraîne une violation de la *Charte*. Il affirme très clairement, à mon avis, dans le passage que j’ai souligné de ses motifs, à la p. 599, que la *Charte* s’applique à la common law, tant dans les litiges publics que dans les litiges privés, pourvu que le gouvernement se soit fondé sur celle-ci. Évidemment, il ressort de son analyse que, bien que la législation (l’action de la législature) puisse être assujettie à un examen fondé sur la *Charte* peu importe qu’une action de la branche exécutive ou administrative soit fondée sur celle-ci, la common law ne sera pas assujettie à un examen en vertu de la *Charte* en l’absence d’une action gouvernementale fondée sur celle-ci. Cette conclusion découle forcément de son opinion que le par. 32(1) exige soit une action législative (la législation étant interprétée dans un sens large) soit un acte de la branche exécutive ou administrative du gouvernement fondé sur un principe de common law qui entraîne une violation de la *Charte*. Il affirme que c’est là la conséquence du par. 32(1) qui rend la *Charte* applicable à la législature et au gouvernement.

I agree with the commentators that one of the consequences of *Dolphin Delivery's* refusal to apply the *Charter* to the common law absent government action is that the *Charter* will have a broader application in Quebec than in the other provinces. However, it seems inescapable that all legislation including the *Civil Code* of Quebec is subject to *Charter* review under s. 32(1). I see no basis on which the *Civil Code* can be distinguished for this purpose from other legislation. One might speculate as to whether Parliament overlooked this problem when it enacted s. 32(1), particularly if Professor Hogg is correct that the legislative history supports the view that Parliament did not intend the *Charter* to apply to private action: see Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 23-24. The necessary result of this, it seems to me, is that government action of some sort is a pre-requisite for *Charter* review of common law principles.

The real issue, it seems to me, is whether the Court was correct in concluding that on the wording of s. 32(1) of the *Charter* government involvement of some kind was required in order to trigger *Charter* scrutiny. I propose to return to this later.

(b) The Status of Court Orders

The second major criticism of McIntyre J.'s judgment, i.e., that it is a mistake not to treat court orders as government action, is particularly challenging because it raises complex questions concerning the very nature of government action. In discussing this aspect of the decision many of *Dolphin Delivery's* critics have been quick to point to a seeming contradiction in McIntyre J.'s reasoning. For example, Professor Manwaring, *supra*, states at p. 438:

His reasoning on this point is confusing in spite of its importance to the result. He said that the courts are bound by the *Charter* in the same way that they are bound by all law but, at the same time, he argued that court orders are not governmental action for the pur-

Je partage l'avis des commentateurs que l'une des conséquences du refus, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, d'appliquer la *Charte* à la common law en l'absence d'une action gouvernementale est que la *Charte* aura une application plus générale au Québec que dans les autres provinces. Il semble toutefois inévitable que toute loi, y compris le *Code civil* du Québec, soit assujettie à un examen fondé sur le par. 32(1) de la *Charte*. À cet égard, je ne vois aucune raison pour laquelle le *Code civil* peut être distingué des autres lois. On pourrait se demander si le Parlement a oublié ce problème lorsqu'il a adopté le par. 32(1), surtout si le professeur Hogg a raison de dire que l'historique législatif appuie le point de vue que le législateur n'a pas voulu que la *Charte* s'applique aux actions privées; voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 23 et 24. Il en découle nécessairement, me semble-t-il, que l'action gouvernementale est une sorte de condition préalable pour que des principes de common law puissent faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*.

Il me semble que la véritable question est de savoir si la Cour a eu raison de conclure que, selon le par. 32(1) de la *Charte*, une certaine participation gouvernementale était nécessaire pour déclencher l'examen fondé sur la *Charte*. Je vais en traiter plus loin.

b) Le statut des ordonnances judiciaires

La deuxième principale critique dont a fait l'objet l'opinion du juge McIntyre, savoir qu'il est erroné de ne pas traiter les ordonnances judiciaires comme une action gouvernementale, pose un défi particulier du fait qu'elle nous oblige à examiner des questions complexes concernant la nature même de l'action gouvernementale. Dans le cadre de l'examen de cet aspect de la décision, de nombreux auteurs qui ont critiqué l'arrêt *Dolphin Delivery* se sont empressés de souligner ce qui serait une contradiction apparente dans l'opinion du juge McIntyre. Par exemple, le professeur Manwaring, précité, affirme, à la p. 438:

[TRADUCTION] Sur ce point, son raisonnement prête à confusion malgré son importance quant au résultat. Il a dit que les tribunaux sont liés par la *Charte* de la même façon qu'ils sont liés par toute règle de droit mais, en même temps, il prétend que les ordonnances judiciaires

poses of section 32 because the courts are not part of the executive branch of government. They act as neutral arbiters. This implies that courts have an independent constitutional status that exempts them from the *Charter*. This reasoning is contradictory because it suggests that the courts are at the same time bound and not bound without providing any clear criteria which would permit us to decide when the *Charter* will apply.

If the courts are bound by the *Charter* it makes no sense to suggest that they do not have to respect it when making orders.

Other critics have gone on to make at least three points concerning McIntyre J.'s observations about court orders and the apparent tension in his reasoning. First, several writers have stressed that various sections of the *Charter* make clear that there are instances in which the *Charter* applies to courts. Professor Hogg, for example, states that ss. 11, 12, 13, 14 and 19 of the *Charter* obviously apply to the courts: see Hogg, "*The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action*" (1986-87), 51 *Sask. L. Rev.* 273, at p. 275; see also Howse, *supra*, at p. 251. Professor Hogg notes that courts in this country have been established or continued by statute and that "their powers to grant injunctions and make other orders are granted (or continued) by statute". Given that other statutory tribunals will have to comply with the *Charter*, he asks, "Why not the courts?": see Hogg, *supra*, at p. 275.

A second and more sweeping line of attack suggests that McIntyre J.'s analysis of s. 32(1) is simply incompatible with a robust understanding of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Professor Beatty puts the argument this way:

For those who read section 52 comprehensively, as elevating the Constitution and the rule of law above all branches of our government, the result can be no different when the same or a similar law is declared to be the deciding rule by the judicial branch of our government. Regardless of which of the three branches of government exercises the authority of the state to reconcile

ne constituent pas une action gouvernementale aux fins de l'article 32 parce que les tribunaux ne font pas partie de la branche exécutive du gouvernement. Ils agissent comme des arbitres neutres. Cela signifie que les tribunaux ont un statut constitutionnel indépendant qui les soustrait à l'application de la *Charte*. Ce raisonnement est contradictoire parce qu'il laisse entendre que les tribunaux sont à la fois liés et non liés, mais il n'apporte pas de critère clair qui nous permettrait de décider dans quels cas la *Charte* s'applique.

Si les tribunaux sont liés par la *Charte*, il est absurde de dire qu'ils ne sont pas tenus de la respecter lorsqu'ils rendent des ordonnances.

D'autres critiques ont ajouté au moins trois commentaires au sujet des observations du juge McIntyre concernant les ordonnances judiciaires et la contradiction apparente de son raisonnement. Premièrement, plusieurs auteurs ont souligné que diverses dispositions de la *Charte* établissent clairement qu'il existe des cas où la *Charte* s'applique aux tribunaux. Par exemple, le professeur Hogg affirme que les art. 11, 12, 13, 14 et 19 de la *Charte* s'appliquent évidemment aux tribunaux: voir Hogg, "*The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action*" (1986-87), 51 *Sask. L. Rev.* 273, à la p. 275; voir également Howse, précité, à la p. 251. Le professeur Hogg souligne que les tribunaux de notre pays ont été créés ou maintenus par des lois et que [TRADUCTION] «leurs pouvoirs de décerner des injonctions et de rendre d'autres ordonnances est conféré (ou maintenu) par des lois». Étant donné que d'autres tribunaux administratifs devront se conformer à la *Charte*, il demande [TRADUCTION] «Pourquoi pas les cours de justice?»: voir Hogg, précité, à la p. 275.

Une deuxième série d'attaques plus globales laisse entendre que l'examen du par. 32(1) par le juge McIntyre est tout simplement incompatible avec une compréhension solide de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le professeur Beatty présente l'argument de la façon suivante:

[TRADUCTION] Pour ceux qui interprètent l'article 52 de manière globale, comme élevant la Constitution et le principe de la primauté du droit au-dessus de toutes les branches de notre gouvernement, le résultat ne peut être différent lorsque le pouvoir judiciaire de notre gouvernement déclare que ce texte de loi ou un texte de loi semblable constitue la règle décisive. Peu importe

these competing freedoms, the force and coercion of the law will be the same.

(Beatty, "Constitutional Concepts: The Coercive Authority of Courts" (1987), 37 *U.T.L.J.* 183, at p. 187.)

Professor Slattery argues that courts must be seen as a branch of government: courts "act in the name of the community as a whole, as symbolized by the Crown, and derive their authority from that fact. In this respect they represent the State, even if they function differently than other branches of government" (Slattery, *supra*, at p. 918). Similarly, Professor Gibson states:

If one were to inquire why, in the opinion of most constitutionalists, and now of the Supreme Court of Canada, governmental actors should be subjected to a more stringent obligation to respect rights and freedoms than private actors, the most frequent answer would surely be: because government activities, backed by the overwhelming power of the State, have much greater potential for oppression than do private activities. Do judicial powers carry less potential for oppression than executive powers? Clearly not. Judges wield at least as much power over individual citizens as do most bureaucrats. Sometimes it includes the power of life and death. At the highest level, the judiciary could be said to hold even greater power than the executive, since decisions of the Supreme Court of Canada, unlike those of the Cabinet, are immune from judicial review.

(Gibson, "What did Dolphin Deliver?", in Gérald-A. Beaudoin, ed., *Your Clients and the Charter — Liberty and Equality* (1987), at p. 83.)

Finally, some critics have gone on to articulate a third line of attack on the proposition that court orders are not government action. They have emphasized that it is well accepted in the United States both that court action may constitute government action and that attempts to distinguish courts from government are likely to prove unsuccessful: see, for example, Manwaring, *supra*, at p. 440. Furthermore, Professor Etherington has observed that many of the academics whose work

laquelle des trois branches du gouvernement exerce le pouvoir de l'État pour réconcilier ces libertés concurrentes, la force et l'empire de la loi seront les mêmes.

(Beatty, «Constitutional Concepts: The Coercive Authority of Courts» (1987), 37 *U.T.L.J.* 183, à la p. 187.)

Le professeur Slattery prétend que les tribunaux judiciaires doivent être considérés comme une branche du gouvernement: les tribunaux judiciaires [TRADUCTION] «agissent au nom de la collectivité dans son ensemble, symbolisée par le ministère public, et détiennent leur pouvoir de ce fait. À cet égard, ils représentent l'État, même s'ils fonctionnent de façon différente des autres branches du gouvernement» (Slattery, précité, à la p. 918). De même, le professeur Gibson affirme:

[TRADUCTION] Si l'on se demandait pourquoi, de l'avis de la plupart des constitutionnalistes, et maintenant de la Cour suprême du Canada, les acteurs gouvernementaux devraient être assujettis à une obligation plus sévère de respecter les droits et libertés que ne le sont les particuliers, la réponse la plus fréquente serait certainement celle-ci: c'est parce que les activités du gouvernement, appuyées par le pouvoir considérable de l'État, comportent un risque beaucoup plus grand d'oppression que les activités privées. Les pouvoirs judiciaires présentent-ils un risque moins grand d'oppression que les pouvoirs exécutifs? Certainement pas. Les juges exercent à tout le moins autant de pouvoir sur les citoyens que la plupart des bureaucrates. Quelquefois, ce pouvoir comprend celui de vie et de mort. À l'échelon le plus élevé, on pourrait dire que le pouvoir judiciaire détient même un pouvoir plus grand que le pouvoir exécutif puisque les décisions de la Cour suprême du Canada, contrairement à celles du cabinet, sont à l'abri du contrôle judiciaire.

(Gibson, «What did Dolphin Deliver?», dans Gérald-A. Beaudoin, éd., *Vos clients et la Charte — Liberté et égalité* (1987), à la p. 83.)

Finalement, certains ont formulé une troisième série de critiques quant à la proposition que les ordonnances judiciaires ne constituent pas une action gouvernementale. Ils ont souligné qu'il est bien reconnu aux États-Unis que l'action judiciaire peut constituer une action gouvernementale et que les tentatives de distinguer les tribunaux judiciaires des gouvernements risquent d'échouer: voir, par exemple, Manwaring, précité, à la p. 440. En outre, le professeur Etherington a souligné que

McIntyre J. found persuasive in *Dolphin Delivery* conclude that the *Charter* should not apply to private action and at no time suggest that the *Charter* does not apply to private litigation: see Etherington, “Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. *Dolphin Delivery Ltd.*” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 818. At page 833, he notes:

But all treat the question, whether the Charter should apply to private litigation where a court is asked to enforce a common law rule which infringes a Charter right, as a separate issue under the question of what constitutes governmental action. Swinton remains non-committal on the question of whether the Charter should apply to private litigation in such circumstances. McLellan and Elman suggest that it is likely that the Charter will have an indirect impact on private activity by this route, while Hogg advocates the adoption of the *Shelley v. Kraemer* [334 U.S. 1 (1948)] and *N.Y. Times Co. v. Sullivan* [376 U.S. 254 (1964)] doctrine in such cases to preclude the judicial enforcement of common law doctrines that would infringe Charter rights. Although Hogg’s position on the central question at issue in *Dolphin Delivery* is revealed with some clarity later in the judgment, McIntyre J.’s assertion that his conclusion, that the Charter does not apply to private litigation, has been adopted by most commentators who have dealt with this question is not convincing.

To summarize, critics of the proposition that court orders are not government action stress: (i) that various sections of the *Charter* are obviously applicable to the courts, (ii) that s. 52 of the *Constitution Act, 1982* requires that s. 32(1) of the *Charter* be interpreted in such a way as to bind courts by its provisions, and (iii) that courts represent the state as much as any other branch of government.

Let us return to McIntyre J.’s analysis on this point. The nub of it appears in the passage which I have underlined from p. 600 of his reasons. It states:

The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as

plusieurs auteurs dont les travaux ont été jugés concluants par le juge McIntyre dans l’arrêt *Dolphin Delivery* ont jugé que la *Charte* ne devrait pas s’appliquer aux actes privés mais qu’ils ne laissent jamais entendre que la *Charte* ne s’applique pas aux litiges privés: voir Etherington, «Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. *Dolphin Delivery Ltd.*» (1987), 66 *R. du B. can.* 818. À la page 833, il souligne:

[TRADUCTION] Mais tous considèrent que la question de savoir si la Charte devrait s’appliquer aux litiges privés lorsqu’un tribunal est appelé à appliquer une règle de common law qui viole un droit reconnu par la Charte est distincte de celle de savoir ce qui constitue une action gouvernementale. Swinton ne se prononce pas sur la question de savoir si la Charte devrait s’appliquer aux litiges privés dans de telles circonstances. McLellan et Elman disent que la Charte aura probablement de cette façon une incidence indirecte sur les activités des particuliers, alors que Hogg préconise l’adoption, dans ces cas, de la théorie des arrêts *Shelley v. Kraemer* [334 U.S. 1 (1948)] et *N.Y. Times Co. v. Sullivan* [376 U.S. 254 (1964)] pour empêcher les tribunaux d’appliquer des principes de common law qui porteraient atteinte à des droits reconnus par la Charte. Bien que la thèse de Hogg sur la question centrale en cause dans l’arrêt *Dolphin Delivery* soit exposée assez clairement plus loin dans le jugement, l’affirmation du juge McIntyre que sa conclusion, que la Charte ne s’applique pas aux litiges privés, a été adoptée par la plupart des commentateurs qui ont traité de cette question n’est pas convaincante.

Pour résumer, ceux qui critiquent l’affirmation que les ordonnances judiciaires ne constituent pas une action gouvernementale soulignent: (i) que différentes dispositions de la *Charte* sont évidemment applicables aux tribunaux judiciaires, (ii) que l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* exige que le par. 32(1) de la *Charte* soit interprété de façon à lier les tribunaux judiciaires par ses dispositions, et (iii) que les tribunaux judiciaires représentent l’État autant que toute autre branche du gouvernement.

Retournons à l’analyse du juge McIntyre sur cette question. Le nœud de l’affaire ressort de l’extrait, que j’ai souligné, de la p. 600 de ses motifs. Il affirme:

Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d’appliquer les règles de droit, mais, ce faisant,

contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the *Charter* would, it seems to me, widen the scope of *Charter* application to virtually all private litigation.

Two thoughts underlie this passage, it seems to me. The first is the distinction made by McIntyre J. between the role of the court in litigation as compared with the role of the parties. One of the parties is alleging a *Charter* violation by the other. The court is bound by the *Charter* in the sense that it must interpret and apply it to the dispute. But it is, he says, a neutral arbiter in the decision-making process. The question it has to answer is: has there been a violation of the *Charter* by either the legislature or the executive or administrative branch of government? The critics say: but it is itself "government" within the meaning of s. 32(1) when it does this. McIntyre J. says no: it is acting in its traditional adjudicative capacity in which it is totally independent of the other branches of government. This must be so, he says, because it could not otherwise perform the function it has been given under the *Charter*. It cannot be both judge and judged at the same time. How could it, for example, take an unbiased approach to whether the government had violated human rights or whether, if it had, its conduct was justified under s. 1?

This is not to say, as McIntyre J. points out, that the courts are above the law and above the *Charter*, but simply that in exercising their adjudicative function under the *Charter* in a dispute between others, they cannot be viewed as "government" and the end product of their decision-making, the order of the court, as government action for purposes of s. 32(1).

If, of course, a court as an institution were in its own administration to violate a citizen's human rights, e.g., its employees' freedom of religion or equality rights, it would be just as guilty of a *Charter* violation as any other institution.

ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement tou[s] les litiges privés.

Il me semble que deux idées sous-tendent cet extrait. La première est la distinction faite par le juge McIntyre entre le rôle du tribunal dans un litige et le rôle des parties. Une des parties prétend que l'autre a violé la *Charte*. Le tribunal est lié par la *Charte* en ce sens qu'il doit l'interpréter et l'appliquer au litige. Mais il affirme que le tribunal est un arbitre neutre dans ce processus décisionnel. La question qu'il lui faut trancher est la suivante: y a-t-il eu violation de la *Charte* par la législature ou la branche exécutive ou administrative du gouvernement? Les critiques affirment: mais le tribunal est lui-même le «gouvernement» au sens du par. 32(1) lorsqu'il répond à cette question. Le juge McIntyre répond que non: il agit en sa qualité de décideur traditionnelle qui le rend tout à fait indépendant des autres branches du gouvernement. Il affirme qu'il doit en être ainsi parce qu'il ne pourrait autrement remplir la fonction que lui a conférée la *Charte*. Il ne peut être à la fois juge et partie. Par exemple, comment pourrait-il aborder de façon impartiale la question de savoir si le gouvernement a violé des droits de la personne ou si, le cas échéant, sa conduite était justifiée en vertu de l'article premier?

Cela ne veut pas dire, comme le juge McIntyre le souligne, que les tribunaux sont au-dessus de la loi et de la *Charte*, mais simplement que, dans l'exercice de leur fonction décisionnelle en vertu de la *Charte* dans un litige opposant d'autres parties, ils ne peuvent être considérés comme le «gouvernement», et que le résultat de leur processus décisionnel, l'ordonnance judiciaire, ne peut être considérée comme une action gouvernementale aux fins du par. 32(1).

Évidemment, si un tribunal en tant qu'institution devait, dans le cadre de sa propre gestion, violer les droits d'un citoyen, comme, par exemple, la liberté de religion ou les droits à l'égalité de ses employés, il serait tout aussi coupable d'une violation de la *Charte* que toute autre institution.

The second thought expressed by McIntyre J. is that, if court orders constitute government action for purposes of s. 32(1) then, since virtually all disputes before the court end in a court order of some kind, all litigation would be subject to *Charter* scrutiny. McIntyre J. obviously thought that this would be a very convoluted way of making the *Charter* applicable to private action. Why would s. 32(1) restrict the application of the *Charter* to legislatures and governments if it was meant to apply to private action as well? Why not simply say so? It is, I believe, also clear from the judgment in *Dolphin Delivery* that McIntyre J. was concerned that the role of the Human Rights Codes not be pre-empted by the *Charter*.

Assuming that my interpretation of the Court's decision in *Dolphin Delivery* is correct and that the Court did draw a sharp distinction between government and private action for purposes of *Charter* application, was it justified in so doing?

2. *Is the Private/Government Distinction Sustainable?*

Professor Slattery has argued that many of the difficulties encountered in *Dolphin Delivery* flow from the Court's distinction between government and private action. He shares Professor Beatty's view that s. 52 of the *Constitution Act, 1982* which states that any law inconsistent with the Constitution "is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect" is a clear indication that s. 32(1) was not meant to place limits on the *Charter*'s application. Slattery states at p. 920:

Given that the law in most of Canada today is a tightly woven mesh of mixed common law and statutory origins, the search for the golden thread of State action is likely to prove both frustrating and in the end pointless.

As a result, Professor Slattery suggests that questions of applicability can really only be determined by looking at the individual provisions of the

La deuxième idée exprimée par le juge McIntyre est que si les ordonnances judiciaires constituent une action gouvernementale aux fins du par. 32(1), alors, étant donné que presque tous les litiges portés devant le tribunal aboutissent à une ordonnance quelconque du tribunal, tous les litiges seraient assujettis à un contrôle en vertu de la *Charte*. Le juge McIntyre a évidemment pensé qu'il s'agirait là d'une façon très compliquée de rendre la *Charte* applicable aux actions privées. Pourquoi le par. 32(1) restreindrait-il l'application de la *Charte* aux législatures et aux gouvernements si elle était destinée à s'appliquer aux actions entre particuliers également? Pourquoi ne pas le dire tout simplement? J'estime qu'il ressort aussi clairement des motifs de l'arrêt *Dolphin Delivery* que le juge McIntyre s'inquiétait de voir le rôle des codes des droits de la personne supplanté par la *Charte*.

En supposant que mon interprétation de l'arrêt de la Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery* soit juste et que la Cour ait établi une nette distinction entre les actions gouvernementales et privées aux fins de l'application de la *Charte*, était-elle justifiée de le faire?

2. *La distinction entre les actions privées et gouvernementales est-elle justifiable?*

Le professeur Slattery a prétendu que bon nombre des difficultés rencontrées dans l'arrêt *Dolphin Delivery* découlent de la distinction que fait la Cour entre l'action gouvernementale et l'action privée. Il partage l'opinion du professeur Beatty que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui reconnaît que la Constitution «rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit» est une indication claire que le par. 32(1) n'avait pas pour but de limiter l'application de la *Charte*. Le professeur Slattery affirme, à la p. 920:

[TRADUCTION] Étant donné qu'aujourd'hui, dans la majeure partie du Canada, le droit est un tissu serré formé à la fois de la common law et de la législation, rechercher la maille maîtresse de l'action de l'État risque de s'avérer à la fois frustrant et futile à la fin.

Par conséquent, le professeur Slattery laisse entendre que les questions d'applicabilité ne peuvent être vraiment tranchées que par un examen de

Charter: see Slattery, *supra*, at p. 922, and Slattery, "Charter of Rights and Freedoms — Does it Bind Private Persons" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 157, at p. 158.

For his part, Professor Gibson has consistently argued that the only sensible interpretation of s. 32(1) of the *Charter* is one that places no restrictions on the range of bodies to which it applies: see "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213; "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of "Government" Under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man L.J.* 505; *The Law of the Charter: General Principles* (1986), at pp. 85-118; and "What did Dolphin Deliver?", in *Your Clients and the Charter — Liberty and Equality*, op. cit., at pp. 75-90. He stresses that American jurisprudence and academic commentary has struggled in vain to produce a workable distinction. He observes that in *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967), at p. 378, the United States Supreme Court described efforts to distinguish between private action and government action as an "impossible task". He too is of the view that the wording of s. 32(1) does not require the Court to read limits into the scope of the *Charter's* application. Moreover, he submits that "If the Charter is to serve the purpose of striking a satisfactory compromise between the claims of the individual and the claims of the community, its norms must be applied to everyone — public or private — whose actions affect the rights and freedoms of others": see *The Law of the Charter: General Principles*, op. cit., at p. 118.

Professor Manwaring has also explored some of the problems raised in American jurisprudence that addresses the state action doctrine and notes that there are American writers who have argued that the public/private distinction is conceptually incoherent: see, for example, the Papers from the University of Pennsylvania Law Review Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289 to 1608. While he observes that in his view s. 32(1) of the *Charter* was meant to be a codification of the very state action doc-

chacune des dispositions de la *Charte*: voir Slattery, précité, à la p. 922, et Slattery, «Charter of Rights and Freedoms — Does it Bind Private Persons» (1985), 63 *R. du B. can.* 157, à la p. 158.

^a

De son côté, le professeur Gibson a toujours prétendu que la seule façon logique d'interpréter le par. 32(1) de la *Charte* est de n'apporter aucune restriction à l'éventail des organismes auxquels elle s'applique: voir «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213; «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of «Government» Under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505; *The Law of the Charter: General Principles* (1986), aux pp. 85 à 118; et «What did Dolphin Deliver?», dans *Vos clients et la Charte — Liberté et égalité*, loc. cit., aux pp. 75 à 90. Il souligne que la jurisprudence et la doctrine américaines se sont données du mal en vain pour établir une distinction utile. Et il souligne que dans l'arrêt *Reitman v. Mulkey*, 387 U.S. 369 (1967), à la p. 378, la Cour suprême des États-Unis a décrit les efforts pour établir une distinction entre l'action privée et l'action gouvernementale comme [TRADUCTION] «une tâche impossible». Il est lui aussi d'avis que la formulation du par. 32(1) n'exige pas que la Cour apporte des limites à l'application de la *Charte*. En outre, il soutient que [TRADUCTION] «Si la Charte doit viser à établir un équilibre satisfaisant entre les revendications des particuliers et celles de la collectivité, ses normes doivent être appliquées à tous ceux, qu'il s'agisse d'organismes publics ou de particuliers, dont les actions portent atteinte aux droits et aux libertés des autres»: voir *The Law of the Charter: General Principles*, op. cit., à la p. 118.

^b

Le professeur Manwaring a également examiné certains des problèmes soulevés dans la jurisprudence américaine sur la théorie de l'action de l'État et souligne qu'il existe des auteurs américains qui ont prétendu que la distinction entre les actions publiques et les actions privées est incohérente sur le plan des concepts: voir, par exemple, Papers from the University of Pennsylvania Law Review Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 *U. Pa. L. Rev.* 1289 à 1608. Bien qu'il souligne qu'à son avis

ⁱ

^j

trine that has proven the source of so many intractable problems in the United States, he concludes that "The extent of the doctrinal confusion and the strength of the critique suggest that, in spite of the fact that the reasons for including section 32 in the *Charter* seem obvious, it is going to prove very difficult to apply the section in practice": see Manwaring, *op. cit.*, at p. 436.

Some commentators who take the position that the *Charter* applies to private action as well as government action have suggested that s. 32(1) may simply have been included to make it clear that the *Charter* binds the Crown. For example, Professor de Montigny notes that one might be tempted to explain the presence of this clause by resorting "to the well-known and long-established principle that the Crown, in absence of an express indication to the contrary, is not subject to statutory law, and to thereby contend that without express mention of government in section 32, decisions taken by the executive in the exercise of its prerogative powers could not be reviewed": see "Section 32 and Equality Rights", in Bayefsky and Eberts, eds., *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), at p. 568.

In similar vein Professor Gibson notes in *The Law of the Charter: General Principles*, *op. cit.*, at pp. 112-13:

First, there is a long-established principle of interpretation that although legislation normally applies to everyone else without explicit reference, it does not apply to the Crown unless the Crown is referred to explicitly or by necessary implication. Statutes which state that they apply to the Crown, but make no explicit reference to others to whom they apply are commonplace. Given the possibility that a similar approach might be taken with respect to the interpretation of the *Charter*, there was good reason to refer expressly to "government" in section 32(1). While the term "government" rather than the more formal "Her Majesty" is somewhat unusual, its use can be attributed to both a desire to make the document intelligible to lay readers and the fact that certain non-Crown governmental entities, such as local governments, were intended to be covered.

le par. 32(1) de la *Charte* avait pour but de codifier la théorie même de l'action de l'État qui s'est avérée à l'origine de tant de problèmes insolubles aux États-Unis, il conclut que
 a [TRADUCTION] «L'étendue de la confusion dans la doctrine et la force de la critique laissent voir que, même si les raisons d'inclure l'article 32 dans la *Charte* semblent évidentes, l'application pratique de cette disposition sera très difficile»: voir
 b Manwaring, *loc. cit.*, à la p. 436.

Certains commentateurs qui sont d'avis que la *Charte* s'applique tant aux actions privées qu'aux actions gouvernementales ont laissé entendre que
 c le par. 32(1) peut avoir simplement été inclus pour établir clairement que la *Charte* lie également Sa Majesté. Par exemple, le professeur de Montigny souligne qu'on pourrait être tenté d'expliquer la présence de cette disposition en faisant appel
 d [TRADUCTION] «au principe bien connu et bien établi que Sa Majesté, en l'absence d'une indication expresse contraire, n'est pas assujettie à la législation, et en prétendant donc que sans une mention expresse du gouvernement à l'article 32,
 e les décisions prises par le pouvoir exécutif dans l'exercice de sa prérogative ne pourraient pas faire l'objet d'un examen»: voir «Section 32 and Equality Rights», dans Bayefsky et Eberts, éd.,
 f *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1985), à la p. 568.

Dans le même ordre d'idées, le professeur Gibson souligne dans *The Law of the Charter: General Principles*, *op. cit.*, aux pp. 112 et 113:

[TRADUCTION] Premièrement, il existe un principe d'interprétation établi depuis longtemps que, bien que la loi s'applique habituellement à tous sans mention explicite, elle ne s'applique pas à Sa Majesté à moins
 h que celle-ci ne soit mentionnée explicitement ou par déduction nécessaire. Les lois qui prévoient qu'elles s'appliquent à Sa Majesté, mais ne mentionnent pas explicitement les autres auxquels elles s'appliquent sont monnaie courante. Étant donné qu'une conception
 i semblable pourrait être retenue quant à l'interprétation de la *Charte*, il y avait de bonnes raisons de mentionner expressément le «gouvernement» au paragraphe 32(1). Bien que le terme «gouvernement», plutôt que l'expression plus formelle «Sa Majesté», soit quelque peu
 j inhabituel, son emploi peut être attribué tant au désir de rendre le document intelligible aux lecteurs ordinaires qu'au fait que certaines entités gouvernementales qui ne relèvent pas de Sa Majesté, comme les gouvernements locaux, devaient être visées.

In other words, this line of argument suggests that had s. 32 not been included, this Court might well have concluded that at least some of the Crown's activities were not subject to the *Charter*.

I do not find this line of reasoning persuasive since it seems to me obvious that one of the basic purposes of a constitutional document like the *Charter* is to bind the Crown. I do not believe therefore that in the absence of s. 32(1) it would have been open to the Court to apply ordinary principles of statutory interpretation when construing the *Charter* and thereby conclude that the Crown was not bound by its provisions.

Moreover, it seems to me that if the purpose of s. 32(1) was simply to make clear that the *Charter* applies to activities undertaken by virtue of the Crown's common law powers, the provision would have been drafted in much more precise language and that the term "Crown" or "Her Majesty" would have been used. I do not find convincing the suggestion that the term "government" was employed as a more colloquial way of referring to the Crown.

There are, of course, also commentators who agree that providing a clear outline of the limits on *Charter* application is a very difficult task, but who nonetheless argue that s. 32(1) of the *Charter* does impose such limits. The problem with *Dolphin Delivery*, they suggest, is not that the distinction cannot be drawn, but that the Court did not draw it in a satisfactory way. Howse, for example, puts the point this way (*supra*, at p. 253):

The Court was thus justified in its view that *some* limits must be placed on the applicability of the *Charter* to private activity. Yet, instead of developing a constitutional doctrine of the public/private distinction to determine these limits, it employed a formal conception of government action to restrict *Charter* application.

Professor Otis, for his part, observes that it is "remarkable" that the Court did not elaborate on the "jurisprudential and contextual assumptions" underlying its stance. He suggests that when one

En d'autres termes, ce type d'argument laisse entendre que si l'art. 32 n'avait pas été inclus, notre Cour aurait bien pu conclure que certaines des activités de Sa Majesté à tout le moins ^a n'étaient pas assujetties à la *Charte*.

Je ne trouve pas que ce genre de raisonnement est convaincant puisqu'il m'apparaît évident que l'un des buts fondamentaux d'un document constitutionnel comme la *Charte* est de lier Sa Majesté. ^b Je ne crois donc pas qu'en l'absence du par. 32(1) la Cour aurait pu appliquer les principes d'interprétation législative ordinaires en interprétant la *Charte* et ainsi conclure que Sa Majesté n'était pas ^c liée par ses dispositions.

En outre, il me semble que si l'objet du par. 32(1) avait été simplement d'établir clairement que la *Charte* s'applique aux activités exercées en vertu des pouvoirs que la common law reconnaît à Sa Majesté, la disposition aurait été rédigée de manière beaucoup plus précise et les expressions «Couronne» ou «Sa Majesté» auraient été employées. L'idée que le terme «gouvernement» a été employé d'une manière plus familière pour désigner Sa Majesté ne m'apparaît pas convaincante. ^d

Il y a évidemment des commentateurs qui reconnaissent qu'établir clairement les limites de l'application de la *Charte* est une tâche très difficile, mais qui prétendent néanmoins que le par. 32(1) de la *Charte* impose ces limites. À leur avis, le problème de l'arrêt *Dolphin Delivery* n'est pas que la distinction ne peut pas être établie, mais que la Cour ne l'a pas établie de manière satisfaisante. Par exemple, Howse l'explique de cette façon (précité, à la p. 253): ^e

[TRADUCTION] La Cour était donc justifiée de croire que *certaines* limites doivent être imposées à l'applicabilité de la *Charte* aux activités privées. Cependant, au lieu d'élaborer une théorie constitutionnelle de la distinction entre activité publique et activité privée pour établir ces limites, elle a utilisé une conception formelle de l'activité gouvernementale pour restreindre l'application de la *Charte*. ^f

De son côté, le professeur Otis souligne qu'il est [TRADUCTION] «remarquable» que la Cour ne se soit pas étendue sur les [TRADUCTION] «hypothèses jurisprudentielles et contextuelles» qui sous- ^g

puts s. 32(1) in its broader context, it becomes clear that the document as a whole was meant to apply only to government: "Many substantive provisions are textually restricted to government, while others have been arguably construed as such by the Supreme Court of Canada". See Otis, *supra*, at p. 78. In particular, he points to the following provisions of the *Charter*: s. 19, which sets out linguistic rights that are clearly aimed at delineating governments' obligations; s. 15, which refers to equality rights only with respect to "law" and which he feels thereby provides strong textual evidence in support of the proposition that the *Charter* is only applicable to government; ss. 3 and 4, which set out a citizen's democratic rights and which impose corresponding obligations on government; ss. 11 and 13, which, he submits, this Court has made clear are restricted to criminal and penal proceedings (see *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350); and s. 7 which he points out has been interpreted in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 490, as concerned with the protection of the individual from direct impingement by government upon his or her life, liberty and security of the person. Professor Otis concludes at p. 84:

When the whole picture of the *Charter* is thus revealed, its application to the private sector appears ruled out and the conclusion reached by the Supreme Court of Canada is vindicated.

Professor Hogg also accepts that one must draw a distinction between the acts of private actors and government action. He observes, however, (*op. cit.*, at p. 274) that:

McIntyre J. did not give his reasons for reaching this important conclusion, but, in my view, there are good reasons for reading the *Charter* in this way. I think that it is the best reading of the (admittedly ambiguous) language of the *Charter*; it is supported by the legislative history of the *Charter*; and it is consistent with the "state action" limitation on the American *Bill of Rights*. Underlying these reasons, of course, is the assumption that there is a private realm in which people

tendent sa position. Selon lui, une fois que le par. 32(1) est envisagé dans son contexte plus large, il devient clair que le document dans son ensemble devait s'appliquer seulement au gouvernement:

a [TRADUCTION] «Plusieurs dispositions de fond sont textuellement restreintes au gouvernement, alors qu'on peut prétendre que d'autres ont été interprétées comme telles par la Cour suprême du Canada». Voir Otis, précité, à la p. 78. Il souligne en particulier les dispositions suivantes de la *Charte*: l'art. 19, qui énonce les droits linguistiques qui ont clairement pour but de décrire les obligations du gouvernement; l'art. 15, qui mentionne les droits à l'égalité seulement en rapport avec la «loi» et qui, selon lui, constitue une preuve textuelle solide à l'appui de la proposition que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement; les art. 3 et 4, qui établissent les droits démocratiques du citoyen et qui imposent des obligations correspondantes au gouvernement; les art. 11 et 13 dont notre Cour a, selon lui, clairement restreint l'application aux procédures criminelles et pénales (voir l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350) et l'art. 7 qui, souligne-t-il, a été interprété dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 490, comme visant à protéger l'individu contre l'ingérence directe du gouvernement dans sa vie, sa liberté et la sécurité de sa personne. Le professeur Otis conclut, à la p. 84:

[TRADUCTION] Lorsque l'ensemble de la *Charte* est ainsi envisagé, son application au secteur privé paraît écartée et la conclusion de la Cour suprême du Canada est justifiée.

Le professeur Hogg reconnaît également qu'il faut établir une distinction entre les actions de particuliers et l'action gouvernementale. Il souligne cependant (*loc. cit.*, à la p. 274) que:

[TRADUCTION] Le juge McIntyre n'a pas exposé les raisons pour lesquelles il parvient à cette conclusion importante, mais, à mon avis, il existe de bonnes raisons d'interpréter la *Charte* de cette façon. J'estime qu'il s'agit de la meilleure façon d'interpréter le texte (certes ambigu) de la *Charte*; elle se justifie par l'historique législatif de la *Charte* et elle est conforme à la limite de «l'action de l'État» du *Bill of Rights* des États-Unis. On retrouve évidemment à la base de ces raisons l'hypothèse qu'il existe un domaine privé à l'intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux vertus de

are not obliged to subscribe to “state” virtues and into which constitutional norms ought not to intrude.

Professor Hogg develops this argument at greater length in his *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 670-78. In particular, he suggests, at pp. 675-76, that s. 32(2) of the *Charter*, which stipulates that, “notwithstanding” s. 32(1), s. 15 of the *Charter* was only to come into force three years after s. 32 came into force, “plainly assumes that s. 15 is effective through s. 32(1)”. This, in his view, is evidence that s. 32(1) was meant to limit the application of the *Charter*. Moreover, he points out that the legislative history of s. 32 supports the view that the *Charter* has no applicability to private action. He places particular weight on testimony given by Mr. Jordan in 1981 before the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada, who was at the time senior counsel, Public Law, in the Department of Justice. Mr. Jordan [at p. 48:27] asserted that the *Charter* “addresses itself only to laws and relationships between the state and individuals”, not private relationships. Finally, Professor Hogg expresses his conviction that the American state action doctrine captures “the normal, expected role of a constitution: it establishes and regulates the institutions of government, and it leaves to those institutions the task of ordering the private affairs of the people” (op. cit., at p. 677).

As McIntyre J. pointed out in *Dolphin Delivery*, supra, at pp. 593-97, Professor Hogg is not the only one to argue that there are limits on the *Charter*'s application. Professor Swinton has argued that the *Charter* is neither designed nor suited to deal with private action: see “Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms”, in Tarnopolsky and Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary* (1982), at p. 41. She observes that the *Charter* contemplates no positive obligation on governmental bodies to eliminate private discrimination and suggests that the *Charter*'s purpose is to restrain government action, not to generate legislative action (at pp. 46-47). And at p. 48, she

«l'État» et à l'intérieur duquel les normes constitutionnelles ne devraient pas intervenir.

Le professeur Hogg poursuit son argumentation plus longuement dans son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 670 à 678. En particulier, aux pp. 675 et 676, il affirme que le par. 32(2) de la *Charte*, qui prévoit que, «[p]ar dérogation» au par. 32(1), l'art. 15 de la *Charte* ne devait entrer en vigueur que trois ans après l'entrée en vigueur de l'art. 32 [TRADUCTION] «suppose clairement que l'art. 15 s'applique par l'intermédiaire du par. 32(1)». Selon lui, c'est la preuve que le par. 32(1) visait à limiter l'application de la *Charte*. En outre, il souligne que l'historique législatif de l'art. 32 étaye le point de vue que la *Charte* ne s'applique pas aux actions privées. Il accorde une importance particulière au témoignage donné en 1981 devant le Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada par M^e Jordan, qui était à l'époque avocat principal dans le secteur du Droit public du ministère de la Justice. M^e Jordan [à la p. 48:27] a affirmé que la *Charte* «ne touche que les lois et les relations entre l'État et les particuliers», non les relations privées. Enfin, le professeur Hogg exprime sa conviction que la théorie américaine de l'action de l'État saisit [TRADUCTION] «le rôle normal et anticipé d'une constitution: elle établit et régit les institutions du gouvernement et leur laisse la tâche d'ordonner les affaires privées des gens» (op. cit., à la p. 677).

g

Comme le juge McIntyre l'a souligné dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, aux pp. 593 à 597, le professeur Hogg n'est pas le seul à prétendre qu'il y a des limites à l'application de la *Charte*. Le professeur Swinton a prétendu que la *Charte* n'est pas conçue ni adaptée pour traiter des actions privées: voir «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans Tarnopolsky et Beaudoin, éd., *Charte canadienne des droits et libertés — Commentaire* (1982), à la p. 51. Elle souligne que la *Charte* ne prévoit pas que les organismes gouvernementaux ont l'obligation positive d'éliminer la discrimination de nature privée et laisse entendre que l'objet de la *Charte* est de restreindre l'action gouvernementale, non de générer l'action

puts forward yet another textually related argument in favour of the proposition that the *Charter* is limited in its application:

One should also keep in mind the concerns of the federal and provincial governments in drafting and agreeing to the Charter. Their focus was its effect on their own governmental operations. That is the reason for s. 1, requiring the courts to interpret the guarantees so as to allow reasonable limitations imposed by law. The override section (s. 33), allowing the legislatures to enact laws infringing the Charter, also indicates that governments were concerned about bounds on legislative action. The governments did not address the application of the Charter to private action, and indeed it would have been strange for them to do so, for their existing human rights codes address that matter.

Professor Swinton also suggests that it is important to bear in mind that the *Charter* is a less effective way to regulate private action than human rights legislation and was not intended to pre-empt such legislation. She says at p. 48:

In conclusion, while the language of the Charter could be interpreted to extend to private relationships, it should not be so interpreted. To apply the Charter to private activity will lead to a great deal of litigation in a judicial forum unsuited to the problem. It was not intended by the drafters nor accepting governments that it would so extend, for the Charter, as part of the Constitution, is meant to restrict governmental action.

And as McIntyre J. noted in *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 597, further support for this view may be found in McLellan and Elman, "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361. These authors are also sympathetic to the argument that human rights legislation provides a more efficient and less costly method by which an individual may seek redress for acts of private discrimination (at p. 367).

Where does this leave us? It seems to me that it leaves us where the Court began pre-*Dolphin*

législative (aux pp. 57 et 58). Et aux pp. 59 et 60, elle avance un autre argument fondé sur le texte à l'appui de l'affirmation que la *Charte* a une application limitée:

^a Il faudrait également tenir compte des préoccupations des gouvernements fédéral et provinciaux lorsqu'ils ont rédigé et accepté la *Charte*. Ils se préoccupaient surtout de ses effets sur leur propre fonctionnement. C'est là la raison d'être de l'article 1 qui exige que les tribunaux interprètent les garanties de façon à permettre des limites raisonnables imposées par la loi. L'article de dérogation (art. 33), qui permet aux législatures d'adopter des lois dérogeant à la *Charte*, montre aussi que les gouvernements se préoccupaient des limites imposées aux mesures législatives. Les gouvernements ne se sont pas préoccupés de l'application de la *Charte* aux actes des particuliers, et il aurait d'ailleurs été curieux qu'ils le fassent, car leurs codes des droits de la personne en traitent.

^b Le professeur Swinton affirme également qu'il est important d'avoir à l'esprit que la *Charte* régit d'une manière moins efficace les actions privées que les lois sur les droits de la personne et qu'elle ne visait pas à les supplanter. Elle affirme, à la p. 60:

^c En conclusion, même s'il est possible d'interpréter le libellé de la *Charte* de façon à l'étendre aux relations entre les particuliers, cela ne serait pas à propos. Cela aboutirait à soumettre un contentieux important à un forum judiciaire mal adapté au problème. Ce n'était l'intention ni des rédacteurs de la *Charte* ni des gouvernements qui l'ont acceptée, car la *Charte*, partie intégrante de la Constitution, a pour objet de limiter l'action gouvernementale.

^d Comme l'a souligné le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, à la p. 597, on peut trouver un autre appui à cette opinion dans l'article de McLellan et Elman, «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32» (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361. Ces auteurs sont également disposés à retenir l'argument selon lequel les lois sur les droits de la personne représentent un moyen plus efficace et moins coûteux par lequel une personne peut tenter d'obtenir un redressement pour des actes de discrimination privée (à la p. 367).

^e Où cela nous conduit-il? Il me semble que cela nous ramène à l'époque où la Cour, avant l'arrêt

Delivery, asking itself what the purpose of the *Charter* was. Was it aimed at government action? Was the *Charter* perceived by the draftsmen as the intermediary between the citizen and government only or was it also perceived as the intermediary between citizen and citizen? I remain of the view that it was aimed at government action, both legislative and administrative, and that the provincial and federal human rights legislation was left to function within its proper sphere. I do not doubt that the government/private action distinction will be difficult to make in some circumstances but I also believe that the text of the *Charter* must be respected.

One particularly convincing textual argument, it seems to me, is the proposition that s. 32(1) must be read in light of s. 33, the so-called override provision. While I do not propose to analyze the nature of the override provision in any detail, particularly since this Court recently had occasion to consider the provision in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 733-45, I believe that the presence of a provision designed to enable the legislature to override certain sections of the *Charter* lends considerable weight to an interpretation of s. 32(1) that concludes that the focus of the *Charter* is government. The presence of s. 33 suggests that those governments that subscribed to the *Charter* were aware that the document was designed to place constraints on their action and that they were concerned to provide themselves with a way to avoid some of those constraints (i.e., ss. 2 and 7 to 15) should this prove necessary.

It seems to me also that this Court's approach to s. 1 of the *Charter* has emphasized that *Charter* interpretation is fundamentally about balancing the rights of the citizen against the legitimate objectives of government. At no point has this Court suggested that a s. 1 analysis, notably the proportionality test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, is intended to assist in the resolution of disputes between individuals. Indeed, given this Court's approach to s. 1, I have difficulty in seeing

Dolphin Delivery, se demandait quel était l'objet de la *Charte*. Visait-elle l'action gouvernementale? La *Charte* était-elle perçue par les rédacteurs comme l'intermédiaire entre le citoyen et le gouvernement seulement ou était-elle également perçue comme l'intermédiaire entre deux citoyens? Je suis toujours d'avis qu'elle visait l'action gouvernementale, tant législative qu'administrative, et que les lois provinciales et fédérale sur les droits de la personne s'appliquaient toujours dans leur propre domaine. Je suis certaine que la distinction entre l'action gouvernementale et l'action privée sera difficile à établir dans certaines circonstances, mais je crois également que le texte de la *Charte* doit être respecté.

Il me semble qu'un argument textuel particulièrement convaincant est l'affirmation que le par. 32(1) doit être interprété à la lumière de l'art. 33, la soi-disante disposition dérogatoire. Bien que je n'aie pas l'intention d'examiner en détail la nature de la disposition dérogatoire, surtout parce que notre Cour a eu récemment l'occasion de le faire dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, aux pp. 733 à 745, je crois que l'existence d'une disposition conçue pour permettre au législateur de déroger à certaines dispositions de la *Charte* confère une importance considérable à l'interprétation du par. 32(1) selon laquelle le point de mire de l'art. 33 est le gouvernement. L'existence de l'art. 33 signifie que les gouvernements qui ont souscrit à la *Charte* savaient que le document était destiné à apporter des restrictions à leur action et qu'ils voulaient se munir d'un mécanisme leur permettant d'éviter certaines de ces limites (c'est-à-dire, les art. 2 et 7 à 15) si jamais cela s'avérait nécessaire.

Il me semble également que notre Cour, dans sa façon d'aborder l'article premier de la *Charte*, a fait ressortir que l'interprétation de la *Charte* porte fondamentalement sur l'équilibre entre les droits du citoyen et les objectifs légitimes du gouvernement. Notre Cour n'a jamais laissé entendre qu'un examen fondé sur l'article premier, particulièrement le critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, a pour objet d'aider à résoudre des litiges entre particu-

how one could engage in a s. 1 analysis absent government action.

No less revealing, in my view, is the fact that provisions like ss. 3-4 and 16-20 of the *Charter* are clearly aimed at legislatures and governments. While no single section can be said to provide conclusive proof that the *Charter* must be interpreted as concerned solely with government action, I believe that a reading of the document that is sensitive to the need to provide a coherent and consistent interpretation of all of its provisions leads to the conclusion that the purpose of the *Charter* was to constrain government action.

It is, of course, true that in limiting what government may do, particularly the legislative branch of government, the *Charter* may place limits on what citizens are entitled to do. But I do not think that this derivative form of constraint supports the proposition that the *Charter's* focus is as much on constraining the individual as it is on constraining government. On the contrary, it seems to me that a careful analysis of the text as a whole makes clear that, as far as the individual is concerned, the focus of the document is protection and not constraint. It was designed to provide the citizen with constitutionally protected rights and freedoms which he or she could assert against government if the need arose.

While I am sensitive to the observation of Lamer J. [as he then was] in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 508, that "the Minutes of the Proceedings of the Special Joint Committee [on the Constitution], though admissible, and granted somewhat more weight than speeches should not be given too much weight", it seems to me that the testimony before that Committee lends support, however limited, to the proposition that the document's focus is on government action. I note that Mr. Jordan, Senior Counsel, Public Law, in the Department of Justice at the time the *Charter* was before the Special Joint Committee on the Constitution, told the

liens. En effet, compte tenu de la façon dont notre Cour a abordé l'article premier, je vois mal comment on pourrait entreprendre un examen fondé sur l'article premier en l'absence d'une action gouvernementale.

À mon avis, il est tout aussi révélateur que des dispositions comme les art. 3 et 4 et 16 à 20 de la *Charte* visent clairement les législatures et les gouvernements. Bien qu'il soit impossible de dire qu'un des articles apporte à lui seul une preuve concluante que la *Charte* doit être interprétée comme si elle portait seulement sur l'action gouvernementale, je crois qu'une lecture du document qui tient compte de la nécessité de donner une interprétation logique et uniforme à toutes ses dispositions permet de conclure que l'objet de la *Charte* était de restreindre l'action gouvernementale.

Il est évidemment exact qu'en limitant ce que le gouvernement peut faire, particulièrement la branche législative du gouvernement, la *Charte* peut imposer des limites à ce que les citoyens ont le droit de faire. Mais je ne crois pas que cette forme dérivée de restriction justifie l'affirmation que la *Charte* vise à imposer des contraintes à l'individu tout autant qu'au gouvernement. Au contraire, il me semble qu'un examen attentif du texte dans son ensemble établit clairement que, dans la mesure où le particulier est concerné, l'objet du document est la protection et non la contrainte. Elle a été conçue pour procurer au citoyen des droits et libertés protégés par la Constitution qu'il peut faire valoir à l'encontre du gouvernement, si nécessaire.

Bien que je sois consciente de l'observation du juge Lamer (plus tard Juge en chef) dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 508, portant qu'«on ne doit pas accorder trop d'importance aux procès-verbaux du Comité mixte spécial [sur la Constitution], même s'ils sont admissibles et s'ils ont un peu plus de force probante que les allocutions», il me semble que le témoignage donné devant le Comité apporte une justification, aussi restreinte soit-elle, à l'affirmation que le point de mire du document est l'action gouvernementale. Je souligne que M^e Jordan, qui était avocat principal dans le secteur du Droit public du ministère de la Justice à l'épo-

Committee [at p. 48:28] that he thought “the whole of the Charter is addressing itself to the protection for individuals against acts by the state” and that he would be “very worried if we ended up with a Charter that mixed into that the domain of private infringement of liberties and freedoms”. He expressed the view [at p. 48:28] that “private” infringements of this kind were best “left to be dealt with by human rights codes”: see *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, First Session of the Thirty-second Parliament, 1980-81, pp. 48:27, 48:28 (January 29, 1981); see also p. 49:47 (January 30, 1981).

The then Minister of Justice (Mr. Chrétien) observed that the *Charter* was not intended to provide a solution to all social problems and that room had to be left for both levels of government in this country to enact and amend legislation designed to deal with social problems without constantly having to resort to constitutional amendments: see p. 48:27. Although I do not think that any more weight should be placed on testimony regarding the meaning of the term “government” in s. 32(1) than testimony regarding the meaning of the term “liberty” or “equal”, we cannot totally ignore the fact that much of the testimony before the Committee is highly compatible with a textual analysis that concludes that the *Charter’s* purpose is to constrain “government”, however that term is best understood.

Finally, while it is my view that the textual argument is in and of itself convincing and that ultimately this is the proper basis on which to rest conclusions about the application of the *Charter*, it seems to me that Professors Swinton, McLellan and Elman have a point when they suggest that the legislatures which enacted the *Charter* were of the view that the ordering of relations between private individuals was best left to human rights legislation. The thrust of such legislation was to get many disputes out of the courts and into a setting more conducive to providing constructive solutions to various forms of discrimination. I do

que de l’examen de la *Charte* devant le Comité mixte spécial sur la Constitution, a dit au Comité [à la p. 48:28] qu’il croyait que «la Charte dans son ensemble porte sur la protection des particuliers contre les agissements de l’État» et qu’il serait «très inquiet d’une charte qui traiterai également des infractions privées aux libertés et aux droits». Il a exprimé l’opinion [à la p. 48:28] que ces violations «privées» «seraient mieux traitées par les déclarations des droits de l’homme»: voir les *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Première session de la trente-deuxième législature, 1980-1981, p. 48:27 (le 29 janvier 1981); voir également la p. 49:47 (le 30 janvier 1981).

Le ministre de la Justice de l’époque (M. Chrétien) a souligné que la *Charte* n’avait pas pour but d’apporter une solution à tous les problèmes sociaux et qu’il fallait laisser une marge de manœuvre aux deux paliers de gouvernement de notre pays pour adopter et modifier les lois conçues pour traiter de problèmes sociaux sans devoir toujours recourir à des modifications constitutionnelles: voir à la p. 48:28. Bien que je ne crois pas nécessaire d’accorder plus d’importance au témoignage portant sur le sens du terme «gouvernement» au par. 32(1) qu’au témoignage concernant le sens du terme «liberté» ou «égalité», nous ne pouvons ignorer tout à fait qu’une grande partie des témoignages donnés devant le Comité sont hautement compatibles avec une analyse textuelle qui conclut que l’objet de la *Charte* est d’imposer des contraintes au «gouvernement», sans égard à la façon dont ce terme est le mieux compris.

Finalement, tout en étant d’avis que l’argument fondé sur le texte est convaincant en soi et qu’en fin de compte c’est le fondement sur lequel doivent reposer nos conclusions quant à l’application de la *Charte*, il me semble que les professeurs Swinton, McLellan et Elman ont raison de dire que les législatures qui ont adopté la *Charte* étaient d’avis qu’il était préférable de laisser aux lois sur les droits de la personne le soin de régir les rapports entre particuliers. Cette législation visait à écarter plusieurs litiges du forum judiciaire pour les situer dans un cadre plus approprié à la solution constructive de diverses formes de discrimination. Je ne

not believe that the *Charter* was intended as an alternate route to human rights legislation for the resolution of allegations of private discrimination.

In summary, I remain committed to the view previously expressed by the Court that the *Charter* applies to government action. And rather than attempt to define the boundary between government action and private action, it seems to me that the focus of our analysis in the group of appeals currently before us must be on the nature of government action. Whether this process will shed light on the debate about the validity of the government/private action distinction need not concern us. What must concern us is: when is action properly attributed to government and what are the criteria by which that determination is to be made? As Roger Tassé points out, "If the *Charter* applies to everyone, there is no need to define the scope of the government" but if it applies only to government action, then it is vital to ask the question: "What is meant by the word 'government' in this context?" See Tassé, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Beaudoin and Ratushny (eds.) *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), at pp. 97 and 77 respectively.

3. What is "Government Action"?

My colleague La Forest J. has concluded that the *Charter* applies only to government in its narrowest sense. He finds support for this view in a particular doctrine of the role of constitutions known as "constitutionalism". According to this doctrine states are a necessary evil. Because of the potential for tyranny and abuse which large states embody, the role of government should be strictly confined. Social and economic ordering should be left to the private sector. The more the state interferes with this private ordering, the more likely it is that the freedom of the people will be curtailed. Thus, the minimal state is an unqualified good. However, even with the minimal state there has to be some mechanism to protect the citizen against the risk of government tyranny and

crois pas que la *Charte* ait été conçue comme un moyen subsidiaire aux lois sur les droits de la personne pour ce qui est de résoudre des cas de discrimination privée.

^a En résumé, je continue de souscrire à l'opinion exprimée précédemment par la Cour selon laquelle la *Charte* s'applique à l'action gouvernementale. Et au lieu de tenter de définir la ligne de démarcation entre l'action gouvernementale et l'action privée, il me semble que notre analyse dans l'ensemble des pourvois dont nous sommes actuellement saisis devrait être axée sur la nature de l'action gouvernementale. Nous n'avons pas à nous préoccuper de la question de savoir si ce processus éclairera le débat quant à la validité de la distinction entre l'action gouvernementale et l'action privée. Nous devons plutôt nous demander dans ^b quelles circonstances l'action peut être attribuée à bon droit au gouvernement et quels sont les critères à appliquer pour répondre à cette question. Comme M^c Roger Tassé le souligne, «La notion de gouvernement aurait perdu tout intérêt, la *Charte* s'appliquant à tous», mais si elle ne s'applique qu'à l'action gouvernementale, il est alors essentiel de poser la question: «Dans ce contexte, que désigne le mot «gouvernement»? Voir Tassé, «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans ^c Beaudoin et Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), aux pp. 111 et 90 respectivement.

3. Qu'est-ce que «l'action gouvernementale»?

^d Mon collègue le juge La Forest a conclu que la *Charte* ne s'applique qu'au gouvernement au sens le plus restreint. Il trouve appui dans une théorie particulière du rôle des constitutions appelée le ^e «constitutionnalisme». Selon cette théorie, l'État est un mal nécessaire. En raison du risque de tyrannie et d'abus que comportent les grands États, le rôle du gouvernement devrait être défini restrictivement. L'ordre social et économique ^f devrait relever du secteur privé. Plus l'État intervient dans cet ordre privé, plus grand est le risque que la liberté des personnes soit réduite. Ainsi, l'intervention minimale de l'État est un bien non ^g mitigé. Cependant, même quand l'État intervient le moins possible, il doit y avoir un certain mécanisme pour protéger les citoyens contre le risque de

that mechanism is the constitution itself. Hence the concept of constitutional government as protector of the citizens' liberty.

Drawing on this vision of the classical role of states and constitutions my colleague has formulated what I would view as a very narrow test of "government action" under s. 32(1) of the *Charter*. In his view, only those entities which actually are "government" will fall within the ambit of the *Charter*. They must be "part of the government apparatus", "part of government", "part of the machinery of government".

I believe that the concept of government as oppressor of the people and the function of government as the enactment of "coercive laws" is no longer valid in Canada, if indeed it ever was. To make my point it is necessary to consider the historical evolution of the state in Canada as well as the evolution of its constitution culminating in the document before us, the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

(a) Canada and the United States Compared

The doctrine of constitutionalism was a driving force behind the creation of the American constitution. The American Bill of Rights was in large measure the product of a revolution. Unhappy with the injustices the Americans perceived were perpetrated against them by the British, the American people were left with a deep distrust of powerful states. The United States Constitution enshrines the belief of the American people that unless the state is strictly controlled it poses a great danger to individual liberty. Its primary focus, articulated in the bulk of its provisions, is against "state action". Canada does not share this history.

This Court has already recognized that while the American jurisprudential record may provide assistance in the adjudication of *Charter* claims, its utility is limited. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, we were called upon to determine the scope of s. 7 of the *Charter*. Naturally, at that early stage of Canadian *Charter* jurisprudence, the American constitutional tradition was heavily

tyrannie du gouvernement et ce mécanisme c'est la constitution elle-même. D'où la notion de gouvernement constitutionnel comme protecteur de la liberté des citoyens.

^a À partir de cette vision du rôle classique des États et des constitutions, mon collègue a formulé ce que j'estimerai être un critère très étroit de «l'action gouvernementale» en vertu du par. 32(1) de la *Charte*. À son avis, seules les entités qui constituent réellement le «gouvernement» relèvent de la *Charte*. Ils doivent faire partie «de l'appareil gouvernemental», «du gouvernement», «de la machine gouvernementale».

^c Je pense que la notion selon laquelle le gouvernement est l'opresseur des gens et qu'il a pour fonction d'adopter des «lois coercitives» n'est plus valide au Canada si vraiment elle l'a déjà été.

^d Mais pour justifier mon affirmation, il est nécessaire d'examiner l'évolution historique de l'État au Canada ainsi que l'évolution de sa constitution qui a abouti à l'adoption du document que nous avons devant nous, la *Charte canadienne des droits et libertés*.

a) Comparaison entre le Canada et les États-Unis

^f La théorie du constitutionnalisme a été un élément moteur de la création de la Constitution américaine. Le *Bill of Rights* des États-Unis est en grande partie le fruit d'une révolution. Ne pouvant tolérer les injustices qu'il estimait être commises contre lui par les Britanniques, le peuple américain est resté très méfiant à l'égard des États forts. La Constitution américaine consacre la croyance du peuple américain qu'à moins d'être strictement contrôlé, l'État est un grand danger pour la liberté individuelle. Son but premier, formulé dans l'ensemble de ses dispositions, est contre «l'action de l'État». Le Canada ne partage pas cette histoire.

ⁱ Notre Cour a déjà reconnu que, bien que la jurisprudence américaine puisse être utile pour résoudre les litiges fondés sur la *Charte*, son utilité est limitée. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, nous devons déterminer la portée de l'art. 7 de la *Charte*. Naturellement, comme la jurisprudence sur la *Charte* canadienne en était à son tout début, nous nous sommes fortement

relied upon. Nevertheless, Lamer J., writing for the Court, made it eminently clear that our courts were not to be unduly influenced by the decisions in United States cases. He said at p. 498:

The substantive/procedural dichotomy narrows the issue almost to an all-or-nothing proposition. Moreover, it is largely bound up in the American experience with substantive and procedural due process. It imports into the Canadian context American concepts, terminology and jurisprudence, all of which are inextricably linked to problems concerning the nature and legitimacy of adjudication under the U.S. Constitution. That Constitution, it must be remembered, has no s. 52 nor has it the internal checks and balances of ss. 1 and 33. We would, in my view, do our own Constitution a disservice to simply allow the American debate to define the issue for us, all the while ignoring the truly fundamental structural differences between the two constitutions.

Although in that case Lamer J. was relying primarily on the structural differences that exist between the Canadian and American constitutions, structural differences are not the sole measure of differentiation. Social, political and historical differences between our two nations also exist. The *Charter* has to be understood and respected as a uniquely Canadian constitutional document. However, the fact that Canada did not spring into being as a nation through the same process as the United States does not necessarily mean that Canadians do not share the same perception as our neighbours of the proper role of government. We can only discern how Canadians perceive that role by examining how it has developed through our history.

(b) The Historical Development of the Canadian State

Professor Corry in his report *The Growth of Government Activities Since Confederation* (Ottawa 1939) has emphasized the fact that regulation has always played a role in the governance of Canadian society and that, apart from a brief interlude during the first half of the nineteenth century, the philosophy of laissez-faire never enjoyed permanent or widespread acceptance here.

appuyés sur la tradition constitutionnelle américaine. Néanmoins, le juge Lamer a affirmé, au nom de la Cour, de façon éminemment claire que nos tribunaux ne devaient pas être trop influencés par la jurisprudence américaine. Il dit, à la p. 498:

La dichotomie entre le fond et la procédure réduit le débat presque à un choix entre tout ou rien. De plus, elle est dans une large mesure liée, selon l'expérience américaine, à l'application régulière des règles de fond et de procédure. Elle transpose dans le contexte canadien une terminologie, une théorie et des concepts américains qui sont tous inextricablement liés aux problèmes associés à la nature et à la légitimité des décisions en vertu de la Constitution des États-Unis. Dans cette constitution, faut-il le rappeler, on ne trouve ni l'art. 52, ni le contrôle interne des art. 1 et 33. À mon avis, nous rendrions un mauvais service à notre propre Constitution en permettant simplement que le débat américain définisse la question pour nous, tout en ignorant les différences de structure vraiment fondamentales entre les deux constitutions.

Même si dans cet arrêt le juge Lamer s'appuyait principalement sur les différences de structure entre les constitutions canadienne et américaine, ces différences ne sont pas seulement d'ordre structural. Il existe également entre nos deux pays des différences sur les plans social, politique et historique. La *Charte* doit être comprise et respectée comme un document constitutionnel exclusivement canadien. Cependant, même si le Canada n'est pas devenu une nation par le même cheminement que les États-Unis, cela ne signifie pas nécessairement que les Canadiens ne partagent pas la même perception que leurs voisins quant au rôle approprié du gouvernement. Nous ne pouvons découvrir comment les Canadiens perçoivent ce rôle qu'en examinant son évolution au cours de notre histoire.

(b) L'évolution historique de l'État canadien

Dans son rapport intitulé *L'expansion des services administratifs depuis la Confédération* (Ottawa 1939), le professeur Corry a souligné que la réglementation a toujours joué un rôle dans le gouvernement de la société canadienne et que, sous réserve d'un bref intervalle au cours de la première moitié du XIX^e siècle, la philosophie du laissez-faire n'a jamais été répandue ni acceptée ici. Il

He commences his discussion of the growth of government activity with the following observation at p. 1:

The period since Confederation has seen a steadily accelerating increase in the activities of governments. We tend to think of this as an increase in absolute terms, eclipsing in range and intensity all previous state interference. This, of course, is quite unhistorical. In all ages prior to the nineteenth century, strong governments had interfered quite freely and generally, quite arbitrarily in every aspect of human affairs. Regarded in proper perspective, the retreat of the state from the overhead direction of human affairs was a brief interlude roughly coincident with the first half of the nineteenth century.

Professor Risk in his article "Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State" (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 31, makes the same point at pp. 32-33:

Canada never had the liberal state in the middle of the nineteenth century that England had and which some thinkers thought it should have. The state encouraged the creation of the nation and its economic expansion primarily by creating and financing railways, creating a tariff barrier, and encouraging immigration.

While Canada was struggling to become a self-sufficient nation the popularity of laissez-faire in England and in the United States was on the wane. As Professor Corry points out, the needs of a new country required the energies of government to be directed towards development. The primary obligation resting on the state in the years immediately following Confederation was the need to open up the country through the establishment of transportation facilities and the provision of basic services.

Indeed, one of the first priorities of the new federation was to knit the country together by the establishment of transportation connections between the various regions. Dorman points out in *A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937*, (Ottawa 1938), at p. 7:

commence son examen de l'expansion des services administratifs par l'observation suivante, à la p. 1:

La période qui s'est écoulée depuis la Confédération a été témoin d'une expansion accélérée et constante des services administratifs. Nous sommes enclins à envisager cette expansion en termes absolus, avec l'illusion qu'elle éclipse quant à sa portée et à son intensité toutes les interventions antérieures de l'État.

Cette manière de voir, de toute évidence, va à l'encontre de l'histoire. Dans tous les siècles antérieurs au 19^e, les gouvernements forts se sont immiscés en toute liberté et, en général, d'une façon tout à fait despotique dans tous les domaines des affaires humaines. Envisagée sous une perspective convenable, la retraite de l'État de la direction générale des affaires humaines constitue un bref intermède qui coïncide approximativement avec la première moitié du 19^e siècle.

Dans son article intitulé «Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State» (1984), 9 *Dalhousie L.J.* 31, le professeur Risk dit la même chose, aux pp. 32 et 33:

[TRADUCTION] Au milieu du XIX^e siècle, le Canada n'a jamais connu l'État libéral qu'avait l'Angleterre et que certains penseurs croyaient qu'il devait avoir. C'est essentiellement en créant et en subventionnant les chemins de fer, en établissant des barrières tarifaires et en favorisant l'immigration que l'État a encouragé la création de la nation et son expansion économique.

Alors que le Canada luttait en vue de devenir une nation autonome, en Angleterre et aux États-Unis la popularité du laissez-faire était sur son déclin. Comme le souligne le professeur Corry, les besoins d'un nouveau pays exigeaient que le gouvernement concentre ses énergies sur le développement. Au cours des premières années qui ont suivi la Confédération, l'obligation première de l'État était d'ouvrir le pays en établissant des services de transport et en fournissant des services de base.

En réalité, l'une des premières priorités de la nouvelle fédération était d'unir le pays en créant des services de transport entre les diverses régions. Dorman souligne dans son ouvrage *A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937* (Ottawa 1938), à la p. 7:

Confederation brought a new impetus to railway construction. One of the articles of agreement between the four provinces called for construction of an Intercolonial Railway, and the Federal Government began the implementing of that agreement . . .

While it is beyond the scope of this review to detail the myriad ways in which the state has intervened in the railway sector, suffice it to say that the Canadian government has always played a large part in the creation and control of the railways. As Abbott said in his *A Treatise on the Railway Law of Canada* (Montreal 1896), at p. 1:

Railways in this country exist exclusively in virtue of legislative authority, and are invariably constructed and operated by incorporated companies subject to statutory conditions and limitations.

It was during those decades that the Canadian economy greatly expanded. This period has been described by a number of authors as the "wheat boom" since during that time, as Mackintosh wrote in his report *The Economic Background of Dominion-Provincial Relations* (Toronto 1964), at p. 39:

. . . the driving force behind the new period was wheat and the wheat-growing region. It gave an economic unity to the country not hitherto experienced and built up a degree of interdependence between its different regions which was in sharp contrast to the isolation of the separate economic regions which had united in 1867.

Whether or not the wheat economy was primarily responsible for the economic growth of the period, there is no dispute about the soundness of the general observation that the time was one of significant growth for Canada. The government of the day, headed by Prime Minister Sir Wilfrid Laurier, believed that it was its duty to involve itself in this process. In a speech delivered in 1903 he said, at p. 7660:

We say to-day it is the duty of all those who have a mandate from the people to attend . . . to the needs and requirements of this fast growing country.

[TRADUCTION] La Confédération a apporté un nouvel élan à la construction des chemins de fer. L'une des dispositions de l'entente entre les quatre provinces prévoyait la construction d'un chemin de fer intercolonial et le gouvernement fédéral a procédé à la mise en œuvre de cette entente . . .

Bien qu'il ne relève pas de la portée de cette analyse de préciser les multiples façons dont l'État est intervenu dans le secteur des chemins de fer, il suffit de dire que le gouvernement canadien a toujours joué un rôle important dans la création et le contrôle des chemins de fer. Comme Abbott l'affirme dans *A Treatise on the Railway Law of Canada* (Montréal 1896), à la p. 1:

[TRADUCTION] Les chemins de fer de notre pays n'existent qu'en vertu du pouvoir législatif et sont, dans tous les cas, construits et régis par des sociétés constituées en personne morale assujetties à des conditions et restrictions légales.

C'est au cours de ces décennies que l'économie canadienne a connu un essor important. Nombreux sont les auteurs qui ont décrit cette période comme [TRADUCTION] «le boom du blé» puisqu'à cette époque, comme l'a écrit Mackintosh dans son rapport intitulé *The Economic Background of Dominion-Provincial Relations* (Toronto 1964), à la p. 39:

[TRADUCTION] . . . l'élément moteur de cette nouvelle période était le blé et la région productrice de blé. Cela a apporté au pays une unité économique qu'il n'avait jamais connue jusque-là et un niveau d'interdépendance entre ses différentes régions qui contrastait nettement avec l'isolation des différentes régions économiques qui s'étaient unies en 1867.

Que l'économie du blé ait été ou non principalement responsable de l'expansion économique de cette période, personne ne conteste le bien-fondé de l'observation générale que le Canada a connu une expansion importante à cette époque. Le gouvernement de l'époque, dirigé par le premier ministre sir Wilfrid Laurier, croyait qu'il était de son devoir de participer à ce processus. Dans un discours prononcé en 1903, il a dit, à la p. 7660:

[TRADUCTION] Nous affirmons . . . aujourd'hui . . . qu'il appartient à tous ceux qui ont reçu un mandat du peuple de répondre aux besoins et aux exigences de cette expansion rapide du pays.

As Baggaley noted in his review of the role of the Canadian state (*The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939* (Ottawa 1981)), Laurier's conception of the appropriate role of the Canadian government was not novel. He said at pp. 42-43:

... it was not surprising that Laurier thought it was the duty of the Canadian government to assist in the construction of a second transcontinental railway. (It was soon assisting the construction of a third.) He was merely continuing a long Canadian tradition. Public policy in Canada has always been explicitly developmental . . . In 1903, at the same time Laurier was justifying public assistance to build a transcontinental railway, his government was preparing to create the Board of Railway Commissioners to regulate freight rates. In Canada public regulation went hand in hand with public assistance. [Emphasis added.]

The increase in accessibility to all regions of the country was accompanied by increased crop production, increased immigration and the growth of Canadian cities. Business also began to grow, in part due to the creation of new enterprises and in part due to the consolidation or merger of smaller businesses. In short, rapid socio-economic changes were taking place in the early part of this century and those changes sparked a re-evaluation of the appropriate role of the state. While historians have not always agreed on the characterization of this era of government interventionism most agree that the so-called "progressive era" marked an increased role for and acceptance of government regulation. A remarkable amount of government regulation both economic and social was introduced in this period.

For instance, pure food laws designed to afford basic protections to consumers were enacted during this period. Sellers were compelled to ensure minimum standards of food purity on pain of penalty. The *Inland Revenue Act of 1875*, S.C. 1874, c. 8, which made it an offence to knowingly sell any adulterated food or drink, exemplifies this

Comme Baggaley l'a souligné dans son examen du rôle de l'État canadien (*The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939* (Ottawa 1981)), la conception qu'avait Laurier du rôle approprié du gouvernement canadien n'était pas nouvelle. Il affirme, aux pp. 42 et 43:

[TRADUCTION] . . . il n'est pas surprenant que Laurier ait pensé que le gouvernement canadien avait le devoir de participer à la construction d'un deuxième chemin de fer transcontinental. (Peu de temps après, il participait à la construction d'un troisième.) Il ne faisait que poursuivre une longue tradition canadienne. La politique générale canadienne a toujours été axée explicitement sur le développement [. . .] En 1903, au même moment où Laurier justifiait une aide gouvernementale pour construire un chemin de fer transcontinental, son gouvernement s'apprêtait à créer le Board of Railway Commissioners pour régir les tarifs de transport des marchandises. Au Canada, la réglementation gouvernementale allait de pair avec l'aide gouvernementale. [Je souligne.]

Cette plus grande facilité d'accès à toutes les régions du pays a été suivie d'une hausse des récoltes, d'une augmentation de l'immigration et de l'essor de villes canadiennes. Le commerce a également commencé à prendre de l'expansion, en partie à cause de la création de nouvelles entreprises et en partie à cause de la consolidation ou de la fusion de plus petites entreprises. En résumé, de rapides changements socio-économiques se sont produits au tout début de notre siècle et ces changements ont donné lieu à une réévaluation du rôle approprié de l'État. Bien que les historiens ne se soient pas toujours entendus pour qualifier cette ère d'interventionnisme gouvernemental, la plupart reconnaissent que cette période dite de progrès a été marquée par un accroissement du rôle et de l'acceptation de la réglementation gouvernementale. Le gouvernement a adopté, à cette époque, une quantité impressionnante de règlements économiques et sociaux.

Par exemple, des lois sur la pureté des aliments visant à assurer une protection fondamentale aux consommateurs ont été adoptées au cours de cette période. Les vendeurs étaient tenus de respecter des normes minimales de pureté des aliments sous peine de sanction. *L'Acte du revenu de l'intérieur*, 1875, S.C. 1874, ch. 8, qui prévoyait que vendre

kind of legislation. With the increase in industrialization came more sophisticated laws dealing with the market. Under *The Food and Drugs Act, 1920*, S.C. 1920, c. 27, for example, officers appointed under the Act were given the power to take samples and have them tested for quality by government analysts. Grading and inspection of products was made compulsory and false or misleading labelling was prohibited. Thus, the thrust of these laws shifted from being pure health measures to a regime aimed at protecting the producer's status in the marketplace by providing government guarantees of the quality of his products.

The provinces enacted measures of a similar nature, particularly in the dairy industry. Initial attempts were aimed at correcting the problem of the selling of tainted or diseased products although, as in the case of the federal sphere, these attempts eventually led to a more regulated regime with the added purpose of protecting markets. See for example: *The Milk, Cheese and Butter Act*, S.O. 1908, c. 55; *The Dairy Association Act*, S.Q. 1921, c. 37; and *Creameries and Dairies Regulation Act*, S.B.C. 1920, c. 23.

Legislative forays were also conducted into the employer/employee relationship. Factories Acts were passed in most provinces dealing with the terms of employment of women and children and with sanitation and safety in the work place. By the 1920s all provinces except Prince Edward Island had workers' compensation legislation. Minimum wages and maximum hours of work were established as well. Initially these protections applied only to women and children. It was not until the depression years that mandatory minimum employment standards were recognized as necessary for most workers.

It was during the First World War, however, that the real boom in government regulation during the first half of this century occurred. A number of agencies were created to deal with the

sciemment des substances alimentaires ou des boissons adultérées constituait une infraction, sert d'illustration. L'expansion de l'industrialisation a donné lieu à des lois plus complexes en matière de commerce. En vertu de la *Loi des aliments et drogues, 1920*, S.C. 1920, ch. 27, par exemple, les fonctionnaires nommés en vertu de la Loi avaient le pouvoir de prélever des échantillons et de les faire examiner par des analystes du gouvernement à des fins de contrôle de la qualité. On a rendu obligatoires le classement et l'inspection des produits et tout étiquetage erroné ou trompeur a été interdit. Ainsi, l'objet de ces lois, portant uniquement sur des mesures de santé, a été remplacé par un régime visant à protéger le statut du producteur sur le marché en établissant des garanties gouvernementales quant à la qualité de ses produits.

Les provinces ont adopté des mesures semblables, surtout dans l'industrie laitière. Les premières tentatives visaient à corriger le problème de la vente de produits avariés ou contaminés bien que, comme dans le cas du fédéral, ces tentatives aient éventuellement donné lieu à un régime plus réglementé prévoyant en outre la protection des marchés. Voir par exemple: *The Milk, Cheese and Butter Act*, S.O. 1908, ch. 55, la *Société d'industrie laitière*, L.Q. 1921, ch. 37, et la *Creameries and Dairies Regulation Act*, S.B.C. 1920, ch. 23.

Des incursions législatives ont également eu lieu dans les rapports employeur-employé. La plupart des provinces ont adopté une législation industrielle portant sur les conditions d'emploi des femmes et des enfants ainsi que sur l'hygiène et la sécurité au travail. En 1920, toutes les provinces, sauf l'Île-du-Prince-Édouard, avaient adopté des lois sur les accidents du travail. Elles avaient également fixé le salaire minimum et les heures maximales de travail. À l'origine, ces mesures de protection ne s'appliquaient qu'aux femmes et aux enfants. Ce n'est qu'au cours des années de dépression que des normes minimales obligatoires en matière de travail ont été reconnues comme nécessaires pour la plupart des travailleurs.

Cependant, au cours de la première moitié de notre siècle, c'est la Première Guerre mondiale qui a déclenché une véritable explosion de règlements gouvernementaux. Un certain nombre d'organismes

problems that a war economy produces, including: a Food Controller, a Fuel Controller, a Paper Controller, the War Trade Board, the Wheat Board, a Board of Commerce, and a Cost of Living Commissioner. Many of the initiatives were short lived, however, and at the end of the war only the Wheat Board remained.

The movement back to a more moderate level of government intervention, one committed to fostering private sector growth, gained sway in the years immediately following the war. It was not to last long, however. The Canadian stock market crash in 1929 ushered in the era of the Great Depression and a dramatic shift in favour of government involvement in market processes and the maintenance of minimum living standards for the population. Ominously, Prime Minister Bennett announced to the country in 1935:

I am for reform

And in my mind reform means Government intervention It means the end of *laissez faire* I nail the flag of progress to the masthead. I summon the power of the State to its support.

Perhaps because of the great toll the Depression took, a number of welfare oriented pieces of legislation were enacted in the areas of agriculture, labour relations and unemployment. The new measures were unlike the legislation passed in previous decades in that they endorsed the objectives of redistribution and planning. Government began to regulate both prices and output in the agricultural sector. Licensing was introduced in gasoline sales. Restrictions were placed upon the common law remedies of mortgagees and creditors. Some of the important legislative initiatives of that era included: *The Farmers' Creditors Arrangement Act, 1934*, S.C. 1934, c. 53; *The Natural Products Marketing Act, 1934*, S.C. 1934, c. 57; *The Dominion Trade and Industry Commission Act, 1935*, S.C. 1935, c. 59; *The Minimum Wages Act, 1935*, S.C. 1935, c. 44; *The Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, 1935*, c. 14; *The Limitation of Hours of Work*

mes ont été créés pour traiter des problèmes de l'économie en temps de guerre, dont un contrôleur des denrées alimentaires, un contrôleur de la consommation de carburant, un contrôleur du papier, a la Commission du commerce en temps de guerre, la Commission du blé, une Commission du commerce et un Commissaire au coût de la vie. Plusieurs de ces initiatives ont cependant été de courte durée et, à la fin de la guerre, seule la Commission du blé est demeurée.

Le retour à une intervention plus modérée du gouvernement, destiné à favoriser la croissance du secteur privé, a pris de l'importance au cours des années qui ont suivi immédiatement la guerre. Cela ne devait cependant pas durer longtemps. L'effondrement du marché boursier canadien en 1929 nous a plongés dans des années de grande dépression et a donné lieu à un changement radical en faveur de l'intervention du gouvernement sur les marchés et du maintien d'un niveau de vie minimal pour la population. D'un ton grave, le premier ministre Bennett a annoncé au pays en 1935:

[TRADUCTION] Je suis pour la réforme

Et, à mon sens, réforme signifie intervention du gouvernement. Cela signifie la fin du laissez-faire [. . .] Je fais du progrès notre priorité. Je fais appel au pouvoir de l'État pour le réaliser.

Peut-être en raison du nombre élevé de victimes de la Dépression, on a adopté un certain nombre de lois à saveur sociale dans les domaines de l'agriculture, des relations de travail et du chômage. Contrairement aux lois adoptées au cours des décennies précédentes, les nouvelles mesures avaient pour but la redistribution des biens et la planification. Le gouvernement a commencé à réglementer les prix et la production dans le secteur agricole. La vente d'essence est devenue assujettie à l'obtention d'un permis. Des restrictions ont été apportées aux recours de common law dont disposaient les créanciers hypothécaires et autres créanciers. Certaines des importantes initiatives législatives dans ce domaine étaient les suivantes: la *Loi d'arrangement entre cultivateurs et créanciers, 1934*, S.C. 1934, ch. 53, la *Loi sur l'organisation du marché des produits naturels, 1934*, S.C. 1934, ch. 57, la *Loi sur la Commission fédérale du commerce et de l'industrie, 1935*, S.C. 1935, ch. 59, la *Loi sur*

Act, S.C. 1935, c. 63; and *The Employment and Social Insurance Act*, S.C. 1935, c. 38. These statutes, their provisions and effects are thoroughly explored by McConnell in his article, "The Judicial Review of Prime Minister Bennett's 'New Deal'" (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 39.

A number of commentators date the birth of the Canadian welfare state to the period immediately following the New Deal. Prior to this period there were few provisions aimed at protecting working people and ensuring a minimum standard of living. Before the First World War public education and public health services were virtually the only measures of this kind in place. It was not until later, however, that other forms of income security were introduced. The old age pension scheme was introduced in 1951 and the Guaranteed Income Supplement in 1966. Two employment related measures were also introduced during this period: unemployment insurance in 1940 and the Canada Pension Plan in 1951. Families also began to receive state support in the form of the family allowance and the child tax credit. The provinces continued to provide social assistance to the particularly needy, continuing a tradition that started with the ancient poor laws. The financing of these programs, however, became a joint effort when the federal government introduced the Canada Assistance Program under which a fifty per cent cost sharing agreement was reached with all the provinces except Quebec. In addition, tax deductions for individual pension plans were introduced under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as am.

The new wave of social welfare provisions was not limited to income security measures. During the 1950s and 60s a new form of social protection was added: human rights legislation. The first province to enact a statute dedicated solely to the

les salaires minima, S.C. 1935, ch. 44, la *Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels*, S.C. 1935, ch. 14, la *Loi sur la limitation des heures de travail*, S.C. 1935, ch. 63, et la *Loi sur le placement et les assurances sociales*, S.C. 1935, ch. 38. McConnell examine ces lois, leurs dispositions et leurs effets dans son article intitulé «The Judicial Review of Prime Minister Bennett's 'New Deal'» (1968), 6 *Osgoode Hall L.J.* 39.

Un certain nombre de commentateurs associent la naissance de l'État-providence au Canada à la période qui a suivi immédiatement le New Deal. Avant cette période, il y avait peu de dispositions visant à protéger les travailleurs et à assurer un niveau de vie minimal. Avant la Première Guerre mondiale, les services d'éducation et de santé publiques étaient presque les seules mesures de ce genre à exister. Ce n'est cependant que plus tard que d'autres formes de sécurité du revenu ont fait leur apparition. Le régime de pensions de vieillesse est entré en vigueur en 1951 et le Supplément de revenu garanti en 1966. Deux mesures liées à l'emploi ont également été adoptées au cours de cette période: l'assurance-chômage en 1940 et le Régime de pensions du Canada en 1951. Les familles ont également commencé à bénéficier d'un appui de l'État sous forme d'allocations familiales et de crédit d'impôt pour enfant. Les provinces ont continué d'apporter une aide sociale aux personnes dans le besoin, maintenant ainsi une tradition qui remontait aux anciennes lois visant les pauvres. Le financement de ces programmes a cependant commencé à se faire conjointement avec les provinces lorsque le gouvernement fédéral a mis sur pied le programme d'assistance du Canada en vertu duquel toutes les provinces, à l'exception du Québec, ont consenti à partager la moitié des coûts. En outre, la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et mod., a prévu des déductions fiscales applicables aux régimes de pensions privés.

Cette nouvelle série de dispositions sociales ne s'est pas limitée à des mesures sur la sécurité du revenu. Au cours des années cinquante et soixante, on a ajouté une nouvelle forme de protection sociale: les lois sur les droits de la personne. En

protection of human rights was Saskatchewan which in 1947 passed *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, c. 35. Other provinces, some of which had enacted legislation dealing with specific forms of discrimination in particular sets of circumstances (e.g., Ontario, *The Fair Accommodation Practices Act, 1954*, S.O. 1954, c. 28), followed suit. Comprehensive codes providing protection on a more global scale began next starting with Ontario in 1962 (*The Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, c. 93) and ending with Quebec in 1975 (*Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1975, c. 6). Three provinces have now enacted specific legislation dealing with the problem of pay inequities based on gender: *The Pay Equity Act, 1987*, S.O. 1987, c. 34; *Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-2; and *The Pay Equity Act*, S.M. 1985-86, c. 21.

Nor was the growth of human rights law the last phase in the increasing involvement of the state in the protection of citizens' welfare. The 1970s in particular saw a period of rapid growth in the number of regulatory statutes on such issues as environmental protection, health and safety, and consumer protection. For instance, at the federal level the *Arctic Waters Pollution Prevention Act*, R.S.C., 1985, c. A-12, the *Clean Air Act*, R.S.C., 1985, c. C-32, the *Environmental Contaminants Act*, R.S.C., 1985, c. E-12, and the *Ocean Dumping Control Act*, R.S.C., 1985, c. O-2, were virtually all passed during the first half of that decade. Similarly, government in the 1970s enacted a number of statutes directed at protecting consumers from dangerous or hazardous products such as: the *Hazardous Products Act*, R.S.C., 1985, c. H-3; the *Motor Vehicle Safety Act*, R.S.C., 1985, c. M-10; and the *Radiation Emitting Devices Act*, R.S.C., 1985, c. R-1.

1947, la Saskatchewan était la première province à adopter une loi, *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, ch. 35, consacrée uniquement à la protection des droits de la personne. D'autres provinces, dont certaines avaient adopté des lois traitant de formes précises de discrimination dans des circonstances particulières (par exemple *The Fair Accommodation Practices Act, 1954* de l'Ontario, S.O. 1954, ch. 28) ont emboîté le pas. Des codes détaillés accordant une protection plus globale sont ensuite apparus, d'abord en Ontario en 1962 (*The Ontario Human Rights Code, 1961-62*, S.O. 1961-62, ch. 93) et finalement au Québec en 1975 (la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1975, ch. 6). Trois provinces ont maintenant adopté des lois précises portant sur les problèmes de la discrimination salariale fondée sur le sexe: la *Loi de 1987 sur l'équité salariale*, L.O. 1987, ch. 34, la *Pay Equity Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-2, et la *Loi sur l'égalité des salaires*, L.M. 1985-86, ch. 21.

L'avènement des lois sur les droits de la personne ne constitue pas non plus la dernière étape de la participation toujours plus grande de l'État à la protection du bien-être des citoyens. Au cours des années soixante-dix en particulier, les lois visant à réglementer des domaines comme la protection de l'environnement, la santé et la sécurité, et la protection du consommateur se sont multipliées rapidement. Par exemple, au niveau fédéral, la *Loi sur la prévention de la pollution des eaux arctiques*, L.R.C. (1985), ch. A-12, la *Loi sur la lutte contre la pollution atmosphérique*, L.R.C. (1985), ch. C-32, la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-12, et la *Loi sur l'immersion de déchets en mer*, L.R.C. (1985), ch. O-2, ont presque toutes été adoptées au cours de la première moitié de la décennie. De même, pendant les années soixante-dix, le gouvernement a adopté un certain nombre de lois visant à protéger les consommateurs contre les produits dangereux, notamment la *Loi sur les produits dangereux*, L.R.C. (1985), ch. H-3, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, L.R.C. (1985), ch. M-10, et la *Loi sur les dispositifs émettant des radiations*, L.R.C. (1985), ch. R-1.

The increase in state activity has naturally led to a large increase in the size of government. In 1962 *The Royal Commission on Government Organization* (Ottawa) reported that the federal public service had increased nine fold since the First World War and employed some 214,000 civil servants. No fewer than 89 government departments, crown agencies and corporations are listed in the schedules to the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

As well, the diversification of state function has led to the creation of a complex conglomeration of entities which together constitute "government". An examination of the range of entities listed in the *Financial Administration Act* is instructive. For instance, the long tradition of Crown ownership which began with the canals, the Canadian National Railway and provincial public utilities has been continued and many are listed in the schedules. So too are the subsidiaries which these Crown corporations themselves own. Also included are what the *Royal Commission on Financial Management & Accountability* ("The Lambert Commission") (Ottawa 1979) called shared enterprises and independent deciding and advisory bodies. The latter, which operate with a marked degree of autonomy from government, are nonetheless still considered to be part of the state, illustrating very well the diversity of bodies now considered by the state itself to be part of its enterprise.

(c) The Modern Canadian State

In approaching the question of the scope of application of the *Charter*, I believe we must address the issue of how this very important document became part of Canadian life. While Canada has existed as a nation for over 100 years, it never seems to have been considered necessary or especially desirable prior to 1982 that the Canadian people be protected by an entrenched bill of rights. It is legitimate to ask: why in 1982?

L'accroissement des activités de l'État a évidemment entraîné une augmentation importante de la taille du gouvernement. En 1962, la *Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement* (Ottawa) a rapporté que les effectifs de la fonction publique fédérale étaient neuf fois plus importants qu'ils ne l'étaient au moment de la Première Guerre mondiale et que la fonction publique comptait quelque 214 000 fonctionnaires. Pas moins de 89 ministères, sociétés d'État et organismes publics sont inscrits dans les annexes de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

De même, la diversification de la fonction de l'État a conduit à la création d'un conglomerat complexe d'entités qui, ensemble, constituent le «gouvernement». Un examen de l'éventail des entités énumérées dans la *Loi sur la gestion des finances publiques*, est révélateur. Par exemple, la longue tradition des entités appartenant à l'État, qui a commencé par les canaux, les chemins de fer nationaux du Canada et les services publics provinciaux, s'est poursuivie et plusieurs entités sont énumérées dans les annexes. Il en est de même des filiales que possèdent elles-mêmes ces sociétés d'État. On retrouve également ce que la *Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité* («la Commission Lambert») (Ottawa 1979) appelle les entreprises en coparticipation et les organismes indépendants de décision et de consultation. Ces derniers, qui disposent d'une large mesure d'autonomie, sont néanmoins toujours considérés comme faisant partie de l'État, ce qui illustre très bien la diversité des organismes que l'État lui-même considère comme faisant partie de son entreprise.

^h c) L'État canadien d'aujourd'hui

Pour déterminer la portée de l'application de la *Charte*, je pense que nous devons nous demander comment ce document très important a fini par faire partie de la vie canadienne. Bien que le Canada existe en tant que nation depuis plus de 100 ans, il semble qu'avant 1982 on n'ait jamais jugé nécessaire ou particulièrement souhaitable de protéger le peuple canadien par une déclaration des droits enchâssée dans la Constitution. Il est légitime de se demander: pourquoi en 1982?

Many commentators have suggested that the increased power of private groups and institutions has resulted in the violation of human freedoms on a massive scale (Tribe, "Refocusing the "State Action" Inquiry: Separating State Acts From State Actors", in *Constitutional Choices* (Cambridge 1985); Chemerinsky, "Rethinking State Action" (1985), 80 *Nw. U.L. Rev.* 503; Bazelon, "Civil Liberties — Protecting Old Values in the New Century" (1976), 51 *N.Y.U. L. Rev.* 505; Nerken, "A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the *Civil Rights Cases* and State Action Theory" (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 297; and Berle, "Constitutional Limitations on Corporate Activity — Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power" (1952), 100 *U. Pa. L. Rev.* 933). They argue that private discrimination is hardly trivial and is just as pernicious as discrimination caused by government. As Professor Chemerinsky, *supra*, put it at pp. 510-11:

... the concentration of wealth and power in private hands, for example, in large corporations, makes the effect of private actions in certain cases virtually indistinguishable from the impact of governmental conduct. Just as people may need protection from government because its power can inflict great injuries, so must there be some shield against infringements of basic rights by private power. In fact, the need for court protection from private actions arguably is greater because democratic processes, no matter how imprecise a check, impose some accountability and limits on the government. Ultimately, of course, the point is that private parties can inflict great injuries upon constitutional values; how this compares to other sources of injury is of secondary concern.

It is not simply that the accumulation of social, political and legal power in private entities makes possible the commission of human rights violations, it is also that recent evidence tends to suggest that it is within the realm of the "private" that the vast bulk of these injustices occur. As Tribe, *supra*, has remarked (at p. 246):

De nombreux auteurs ont laissé entendre que le pouvoir accru des groupes et des institutions privés a donné lieu à la violation massive des libertés de la personne (Tribe «Refocusing the «State Action» Inquiry: Separating State Acts From State Actors», dans *Constitutional Choices* (Cambridge 1985); Chemerinsky, «Rethinking State Action» (1985), 80 *Nw. U.L. Rev.* 503; Bazelon, «Civil Liberties — Protecting Old Values in the New Century» (1976), 51 *N.Y.U. L. Rev.* 505; Nerken, «A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the *Civil Rights Cases* and State Action Theory» (1977), 12 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 297; et Berle, «Constitutional Limitations on Corporate Activity — Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power» (1952), 100 *U. Pa. L. Rev.* 933). Ils prétendent que la discrimination privée est loin d'être négligeable et est tout aussi pernicieuse que la discrimination pratiquée par le gouvernement. Comme le professeur Chemerinsky, précité, le dit, aux pp. 510 et 511:

[TRADUCTION] ... par exemple, la concentration de la richesse et du pouvoir entre les mains de certains individus, de grandes sociétés, rend pratiquement impossible dans certains cas la distinction entre l'effet des actions privées et les répercussions de la conduite gouvernementale. Tout comme les personnes peuvent avoir besoin de protection contre le gouvernement parce que son pouvoir peut causer de graves préjudices, il doit de même y avoir une certaine protection contre les violations des droits fondamentaux par le pouvoir privé. En réalité, on peut soutenir que la nécessité d'une protection judiciaire contre les actions privées est plus grande parce que le processus démocratique, aussi imprécis puisse-t-il être en tant que frein, impose une certaine responsabilité et des limites au gouvernement. Finalement, il est évident que les parties privées peuvent causer des préjudices considérables aux valeurs constitutionnelles; déterminer si cela se compare à d'autres sources de préjudice est secondaire.

Ce n'est pas simplement que la concentration de pouvoir social, politique et juridique entre les mains d'entités privées rend possible les violations des droits de la personne, mais également de nouveaux éléments tendent à démontrer que c'est à l'intérieur de ce pouvoir «privé» que la majeure partie de ces injustices se produisent. Comme Tribe, précité, le fait remarquer (à la p. 246):

... particularly where ostensibly "private" power is the primary source of the coercion and violence that oppressed individuals and groups experience, it is hard to accept with equanimity a rigid legal distinction between state and society. The pervasive *system* of racial apartheid which existed in the South for a century after the Civil War, for example, thrived only because of the "resonance of society and politics ... the close fit between private terror, public discrimination, and political exclusion."

Clearly, one of the realities of modern life is that "private" power when left unchecked can and does lead to problems which are incompatible with the Canadian conception of a just society. The increasing pressure for and ultimate enactment of human rights legislation speaks eloquently to this fact. Canadian society has been prepared to embrace and solicit the assistance of the state in respect of a number of social, political and economic problems that have plagued our communities from time to time. The Canadian government has thus not been regarded as a monolith of oppression but rather as having a beneficent and protective role to play. Indeed, as Professor Robson points out in his book *The Governors and the Governed* (London 1964), at pp. 12-13:

The vast majority of citizens nowadays want their government to be continuously active. Few people still subscribe to the doctrine that the less government does the better will be the result. The main controversies are centred not on whether the government should act, but on how and when it should act.

This is not to say, as Professor Slattery has remarked in his article, "A Theory of the Charter" (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 701, at p. 729, that the Canadian state has not at times been guilty of discriminatory, oppressive, and otherwise inappropriate behaviour towards its citizens. It would be a gross distortion of this nation's history to advance a purist vision of the Canadian way of life. Accordingly, the federal government, recognizing that we are living in a world which is becoming increasingly preoccupied with the problem of effective safeguards for human freedom — witness

[TRADUCTION] ... surtout lorsque le pouvoir «privé» est la principale source de coercition et de violence connues par les individus et groupes opprimés, il est difficile d'accepter sereinement une distinction juridique stricte entre l'État et la société. Par exemple, le *système* omniprésent de l'apartheid racial qui a existé dans les États du sud au cours du siècle qui a suivi la Guerre civile ne s'est maintenu que par «l'appui de la société et de la politique [...] les liens étroits entre la terreur privée, la discrimination publique et l'exclusion politique».

Il est clair que l'une des réalités de la vie moderne est que le pouvoir «privé», lorsqu'il est laissé incontrôlé, peut donner lieu et donner lieu à des problèmes qui sont incompatibles avec la conception canadienne d'une société juste. La pression toujours plus grande en faveur de l'adoption de lois sur les droits de la personne et l'adoption de celles-ci en témoignent clairement. La société canadienne est prête à accueillir et à demander l'aide de l'État à l'égard de plusieurs problèmes sociaux, politiques et économiques qui ont à l'occasion ravagé nos collectivités. Le gouvernement canadien n'a donc jamais été perçu comme un monument d'oppression mais plutôt comme ayant un rôle salutaire et protecteur à jouer. En effet, comme le professeur Robson le souligne dans son ouvrage *The Governors and the Governed* (London 1964), aux pp. 12 et 13:

[TRADUCTION] De nos jours, la majeure partie des citoyens veulent que leur gouvernement soit toujours actif. Peu de gens souscrivent encore au principe selon lequel moins le gouvernement intervient, meilleurs sont les résultats. Les principales controverses sont axées non pas sur la question de savoir si le gouvernement devrait agir, mais sur la façon dont il devrait agir et le moment où il devrait le faire.

Cela ne veut pas dire, comme le professeur Slattery l'a fait remarquer dans son article intitulé «A Theory of the Charter» (1987), 25 *Osgoode Hall L.J.* 701, à la p. 729, que l'État canadien n'a jamais été coupable de comportements discriminatoires, oppressifs et autrement inconvenables envers ses citoyens. Ce serait déformer grossièrement l'histoire de notre pays que de proposer une vision puriste du mode de vie au Canada. En conséquence, le gouvernement fédéral, reconnaissant que nous vivons dans un monde de plus en plus préoccupé par le problème de la protection

the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), the *European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 UNTS 221, and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 UNTS 171, to which Canada became a signatory in 1976 — enacted first the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, App. III, in 1960 and then the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in 1982, the latter having constitutional status. The values reflected in the *Charter* were to be the foundation of all laws, part of the “supreme law of Canada” against which the constitutionality of all other laws was to be measured.

Several observations may be made with respect to the role of the Canadian state based on this brief historical review.

First, government regulation and intervention has long been part of the political, social and economic culture of Canada though its extent has varied during different periods in our history. The focus of intervention has also changed from time to time in response to different needs. In spite, however, of these fluctuations, it seems to be generally accepted by our historians that the political philosophy of *laissez-faire* has not been embraced to any substantial degree in Canada.

Second, as some historians have noted, the phenomenon of the interventionist state has traditionally been and continues to be a feature of Canadian political life. Government participation and control has persisted irrespective of the particular government in power. Thus, as Professor McConnell concludes at p. 222 of his article “Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett ‘New Deals’” (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 221:

There can hardly be any question, however, that governments of all political hues will henceforward use all the instruments of fiscal and economic policy to prevent a recurrence of the depression and, in smaller or greater measure, to achieve the overall economic planning that

efficace de la liberté de la personne — voir à ce sujet la *Déclaration universelle des droits de l’homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales*, 213 RTNU 221, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 RTNU 171, que le Canada a signés en 1976 — a d’abord adopté la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), app. III, en 1960 et la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, celle-ci ayant valeur constitutionnelle. Les valeurs reconnues dans la *Charte* devaient servir de fondement à toutes les lois et faire partie de la «loi suprême du Canada» en fonction de laquelle doit être déterminée la constitutionnalité de toutes les autres lois.

Ce bref rappel historique nous permet de faire plusieurs remarques sur le rôle de l’État canadien.

Premièrement, la réglementation et l’intervention gouvernementales font partie depuis longtemps de la culture politique, sociale et économique du Canada, quoique leur portée ait varié au cours des différentes périodes de notre histoire. Le point de mire de l’intervention a également changé à l’occasion afin de répondre à des besoins différents. Il semble cependant que, malgré ces fluctuations, nos historiens reconnaissent généralement que la philosophie politique du *laissez-faire* n’a pas été retenue de façon importante au Canada.

Deuxièmement, comme certains historiens l’ont souligné, le phénomène de l’interventionnisme étatique a traditionnellement été et continue d’être une caractéristique de la vie politique canadienne. La participation et le contrôle du gouvernement existent toujours peu importe le gouvernement qui est au pouvoir. Ainsi, comme le conclut le professeur McConnell, à la p. 222 de son article intitulé «Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett ‘New Deals’» (1971), 9 *Osgoode Hall L.J.* 221:

[TRADUCTION] On ne peut guère douter, cependant, que les gouvernements de toutes les tendances politiques vont utiliser à l’avenir tous les instruments de politique fiscale et économique pour prévenir une nouvelle dépression et, dans une mesure plus ou moins grande, pour

is associated with the further development of the "welfare state".

Third, the interventionist activities of the Canadian state have taken many forms. As noted by Priest, Stanbury and Thompson, ("On the Definition of Economic Regulation", in Stanbury (ed.), *Government Regulation: Scope, Growth, Process* (Montreal 1980)), policy instruments may take the form of "Moral suasion, exhortation or negotiation", direct expenditures, taxation, tax expenditures and public ownership. All of these measures and probably others are available in order to further the objectives of the state and the Canadian government has utilized many if not all of them at some time or other. It has, for example, engaged in a government-owned industry in some sectors while merely imposing tariffs in others.

I believe that this historical review demonstrates that Canadians have a somewhat different attitude towards government and its role from our U.S. neighbours. Canadians recognize that government has traditionally had and continues to have an important role to play in the creation and preservation of a just Canadian society. The state has been looked to and has responded to demands that Canadians be guaranteed adequate health care, access to education and a minimum level of financial security to name but a few examples. It is, in my view, untenable to suggest that freedom is co-extensive with the absence of government. Experience shows the contrary, that freedom has often required the intervention and protection of government against private action.

Finally, it is, I think, true to say that while government intervention has traditionally been acceptable to Canadians, the state has never assumed sole responsibility for economic and social welfare matters. There has always been and continues to be a broad sphere of purely private activity in Canada.

réaliser une planification économique globale associée au développement de «l'État-providence».

Troisièmement, les activités interventionnistes de l'État canadien ont emprunté plusieurs formes. Comme le soulignent Priest, Stanbury et Thompson, («On the Definition of Economic Regulation», dans Stanbury (éd.), *Government Regulation: Scope, Growth, Process* (Montreal 1980)), les instruments de politique peuvent se présenter sous forme de [TRADUCTION] «pression morale, d'exhortation ou de négociation», de dépenses directes, de taxation, de dépenses fiscales et de propriété publique. Toutes ces mesures ainsi que d'autres probablement sont disponibles pour favoriser la réalisation des objectifs de l'État et le gouvernement canadien a eu recours à un bon nombre de celles-ci sinon toutes à un moment ou l'autre. Par exemple, il a fait l'expérience de l'entreprise appartenant à l'État dans certains secteurs alors qu'il a simplement imposé des tarifs dans d'autres.

J'estime que ce rappel historique démontre que les Canadiens ont une attitude quelque peu différente de celle de nos voisins américains envers le gouvernement et son rôle. Les Canadiens reconnaissent que le gouvernement a traditionnellement eu et continue d'avoir un rôle important à jouer dans la création et le maintien d'une société canadienne juste. On a fait appel à l'État et celui-ci a répondu aux demandes que les Canadiens bénéficient de soins de santé adéquats, aient accès à l'éducation et à une sécurité financière minimale pour ne citer que quelques exemples. J'estime qu'on ne peut pas laisser entendre que la liberté correspond à l'absence d'intervention gouvernementale. L'expérience démontre le contraire, que la liberté a souvent requis l'intervention et la protection du gouvernement contre l'action privée.

Enfin, je pense qu'il est juste de dire que bien que les Canadiens aient traditionnellement jugé acceptable l'intervention du gouvernement, l'État n'a jamais assumé l'entière responsabilité des questions économiques et sociales. Il y a toujours eu et il continue d'y avoir une large sphère d'activités purement privées au Canada.

All of these observations lead, in my opinion, to the conclusion that a concept of minimal state intervention should not be relied on to justify a restrictive interpretation of "government" or "government action". Governments act today through many different instrumentalities depending upon their suitability for attaining the objectives governments seek to attain. The realities of the modern state place government in many different roles *vis-à-vis* its citizens, some of which cannot be effected, or cannot be best and most efficiently effected, directly by the apparatus of government itself. We should not place form ahead of substance and permit the provisions of the *Charter* to be circumvented by the simple expedient of creating a separate entity and having it perform the role. We must, in my opinion, examine the nature of the relationship between that entity and government in order to decide whether when it acts it truly is "government" which is acting. We must, as I suggested at the outset, identify those criteria which are relevant to that determination so that they may be applied in a principled way.

4. The Relevant Criteria

In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J., as he then was, emphasized at p. 156, that it was important to engage in a broad purposive analysis of the *Charter's* provisions. And in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, he stressed that interpretations of the *Charter's* provisions should be generous rather than legalistic. In deciding what kind of criteria are relevant in interpreting the term "government" in s. 32 of the *Charter*, we should therefore adopt a purposive approach. We should ask ourselves the question: why does the *Charter* constrain the activities of government?

It seems to me that a historical review of the growth of the Canadian state makes clear that those who enacted the *Charter* were concerned to provide some protection for individual freedom and personal autonomy in the face of government's expanding role. I do not think they intended to do this by carving out or preserving "private" spheres

À mon avis, toutes ces observations amènent à conclure qu'il ne faut pas s'appuyer sur la notion d'intervention étatique minimale pour justifier une interprétation restrictive des expressions «gouvernement» ou «action gouvernementale». De nos jours, les gouvernements recourent à toutes sortes de mécanismes pour agir pourvu qu'ils permettent d'atteindre les objectifs qu'ils se sont fixés. Les réalités de l'État moderne exigent du gouvernement qu'il remplisse plusieurs rôles différents vis-à-vis de ses citoyens, certains de ces rôles ne pouvant être remplis, ou ne pouvant l'être le mieux et le plus efficacement possible, que directement par l'appareil gouvernemental lui-même. Nous ne devrions pas laisser la forme l'emporter sur le fond et permettre que les dispositions de la *Charte* soient contournées par la simple création d'une entité distincte chargée de remplir ce rôle. À mon avis, nous devons examiner la nature des rapports entre cette entité et le gouvernement pour déterminer si ses actes sont vraiment ceux du «gouvernement». Nous devons, comme je l'ai dit au début, identifier les critères pertinents pour répondre à cette question de manière à pouvoir les appliquer de façon ordonnée.

4. Les critères pertinents

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, souligne, à la p. 156, qu'il était important de faire une analyse générale, fondée sur l'objet visé, des dispositions de la *Charte*. Et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, il a souligné que l'interprétation des dispositions de la *Charte* devait être libérale plutôt que formaliste. Pour établir le genre de critères pertinents pour interpréter le terme «gouvernement» à l'art. 32 de la *Charte*, nous devrions donc adopter une interprétation fondée sur l'objet visé. Nous devrions nous demander: pourquoi la *Charte* restreint-elle les activités du gouvernement?

Il me semble qu'un rappel historique de la croissance de l'État canadien démontre clairement que ceux qui ont adopté la *Charte* voulaient accorder une certaine protection à la liberté individuelle et à l'autonomie personnelle face au rôle grandissant du gouvernement. Je ne crois pas qu'ils voulaient y parvenir en établissant ou en conservant des sphères

of activity. I believe, however, that they considered it crucial to establish norms by which government would be constrained in performing the many roles it has assumed and will no doubt continue to assume. They sought to do this by setting out basic constitutional norms rooted in a concern for individual dignity and autonomy which government should be compelled to respect when structuring important aspects of citizens' lives. The purpose of the *Charter* then, it seems to me, is to ensure that government action that affects the citizen satisfies these basic constitutional norms. I think that Dickson J. put the point well in *Hunter*, *supra*, at p. 155, when he made the following observation about the role of a constitution:

Its function is to provide a continuing framework for the legitimate exercise of governmental power and, when joined by a *Bill* or a *Charter of Rights*, for the unremitting protection of individual rights and liberties.

In my view, it follows from these propositions that we must take a broad view of the meaning of the term "government", one that is sensitive both to the variety of roles that government has come to play in our society and to the need to ensure that in all of these roles it abides by the constitutional norms set out in the *Charter*. This means that one must not be quick to assume that a body is *not* part of government. Consideration of a wide range of factors may well be necessary before one can conclude definitively that a particular entity is not part of government. If this Court is to discharge its responsibility of ensuring that our constitution does provide "unremitting protection of individual rights and liberties" against government action, then it must not take a narrow view of what government action is. To do so is to limit the impact of the *Charter* and minimize the protection it was intended to provide.

What then are the criteria which will help us to identify the kinds of bodies that the *Charter* seeks to constrain through the imposition of constitutional norms? At least three tests have been suggested. While none is probably in and of itself determina-

res d'activités «privées». Je pense cependant qu'ils ont considéré essentiel d'établir des normes qui imposeraient des limites au gouvernement dans l'exécution des nombreux rôles qu'il a assumés et qu'il continuera certainement à assumer. Ils ont cherché à le faire en établissant des normes constitutionnelles de base, fondées sur un souci de dignité et d'autonomie individuelles, que le gouvernement devrait être tenu de respecter lorsqu'il encadre des aspects importants de la vie des citoyens. Il me semble alors que l'objet de la *Charte* est de veiller à ce que l'action gouvernementale qui touche le citoyen respecte ces normes constitutionnelles fondamentales. Je pense que le juge Dickson l'explique bien dans l'arrêt *Hunter*, précité, à la p. 155, lorsqu'il fait observer au sujet du rôle d'une constitution:

Elle vise à fournir un cadre permanent à l'exercice légitime de l'autorité gouvernementale et, lorsqu'on y joint une *Déclaration* ou une *Charte des droits*, à la protection constante des droits et libertés individuels.

À mon avis, il découle de ces propositions que nous devons donner un sens général au mot «gouvernement», un sens qui tienne à la fois compte de la variété des rôles que le gouvernement en est venu à jouer dans notre société et de la nécessité d'assurer que, dans tous ces rôles, il se conforme aux normes constitutionnelles établies dans la *Charte*. Cela signifie qu'il ne faut pas s'empresser de présumer qu'un organisme *ne fait pas* partie du gouvernement. L'examen d'une grande variété de facteurs peut fort bien être nécessaire pour pouvoir conclure définitivement qu'une entité particulière ne fait pas partie du gouvernement. Si notre Cour doit s'acquitter de son obligation de veiller à ce que notre Constitution fournisse une «protection constante des droits et des libertés individuels» contre l'action gouvernementale, elle ne doit donc pas adopter une interprétation restrictive de ce que constitue l'action gouvernementale. Le faire revient à limiter l'effet de la *Charte* et à minimiser la protection qu'elle visait à fournir.

Quels sont alors les critères qui nous aideront à identifier le genre d'organismes dont la *Charte* vise à restreindre les activités par l'imposition de normes constitutionnelles? Au moins trois critères ont été proposés. Bien qu'aucun d'entre eux ne soit

tive, each has something important to say about the nature of government.

(a) The “Control” Test

The control test poses the question: is the body in question part of the legislative, executive or administrative branches of government and, if not, is it subject to the control of one of these branches of government? When faced with a body that is not itself part of the legislative, executive or administrative branches of government, the control test in turn asks: (a) general questions about the nature and extent of government control over an entity, such as, “does government exercise such significant control over the operation of the institution that the activities of the latter may properly be seen as activities of the former?”; and (b) more specific questions about the entity’s activities, such as, “is there a clear nexus between government and the particular impugned activity?”

In my view, we see a very clear application of this approach in the British Columbia Court of Appeal’s decision in the related appeal in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1988] 2 W.W.R. 718. In that case, the Court of Appeal stated at p. 721 that “The control exercised by the government over the affairs of the college generally, coupled with actual governmental involvement in the finalization of the collective agreement, permits no other conclusion [than that the college in question is subject to the *Charter*]”. In reaching this conclusion the Court of Appeal first examined the question of general control. It noted that the College was an agent of the Crown, was subject to ministerial control over many aspects of its activities, and had to have its by-laws approved by a College Board whose members were appointed by the government.

The Court of Appeal then turned to specific questions concerning the nexus between government and the College’s contractual relations with its employees. It noted that the executive branch of

probablement déterminant en soi, chacun fait ressortir un aspect important de la nature du gouvernement.

a) Le critère du «contrôle»

La question que pose le critère du contrôle est la suivante: l’organisme en question fait-il partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement et, dans la négative, est-il assujéti au contrôle de l’une de ces branches du gouvernement? Lorsque l’organisme ne fait pas en soi partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement, le critère du contrôle exige que nous nous posions: a) des questions générales quant à la nature et l’étendue du contrôle gouvernemental sur une entité, comme «le gouvernement exerce-t-il un contrôle si important sur le fonctionnement de l’institution que les activités de celle-ci peuvent être considérées à juste titre comme les activités de l’autre?», et b) des questions plus précises quant aux activités de l’entité, comme «y a-t-il un lien clair entre le gouvernement et l’activité particulière contestée?».

À mon avis, l’arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, dans l’affaire connexe *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1988] 2 W.W.R. 718, constitue un exemple très clair de l’application de ce critère. Dans cet arrêt, la Cour d’appel affirme, à la p. 721, que [TRADUCTION] «Le contrôle exercé par le gouvernement sur les affaires du collège en général, conjugué à la participation réelle du gouvernement à la rédaction définitive de la convention collective, nous force à conclure [que le collège en question est assujéti à la *Charte*]». Pour parvenir à cette conclusion, la Cour d’appel a d’abord examiné la question du contrôle général. Elle a souligné que le collège était un mandataire de Sa Majesté, que plusieurs aspects de ses activités étaient assujétis au contrôle ministériel et qu’il devait faire approuver ses règlements par un conseil d’administration dont les membres étaient nommés par le gouvernement.

La Cour d’appel s’est ensuite penchée sur des questions précises concernant le lien entre le gouvernement et les relations contractuelles du collège avec ses employés. Elle a souligné que la branche

government had the power to appoint a Commissioner whose task it was to monitor compensation plans and to investigate arrangements by public sector employers. The *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, c. 32, gave this Commissioner extensive power to approve or disapprove the terms of collective agreements between the parties. The Court of Appeal was of the view that "In these circumstances the collective agreement must be regarded as the result of an action of the executive or administrative arm of government" (at p. 723).

The general questions the control test requires to be asked in the case of an entity not clearly part of the legislative, executive or administrative branches of government are, in my view, quite apposite. The approach seeks to ascertain whether there is a link between that which one knows is government (i.e., the executive, legislative and administrative branches) and that which one is not sure is government by focussing on whether the former exercises general control over the latter. The challenge under this part of the approach, of course, is to ascertain what are relevant forms of control. While I do not think that one can come up with an exhaustive list of relevant forms of control or that any one form of control will necessarily prove determinative, it does seem to me that the Court of Appeal in *Douglas College* focussed on the kind of considerations one should bear in mind, viz. whether an actor that is clearly part of a branch of government controls aspects of the entity's activity through input into its policy formulation process, through the approval of the by-laws or rules that determine how that entity is to carry out its mandate, through the allocation of funding used to implement its objectives, or through the appointment of the personnel that run the entity. These forms of relatively direct control will provide strong indicia that an entity is part of government.

More problematic, in my view, is the second limb of the control test: namely, the search for a specific nexus between government and the

exécutive du gouvernement avait le pouvoir de nommer un commissaire chargé de surveiller les régimes d'indemnisation et d'examiner les ententes conclues par les employeurs du secteur public. La *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32, conférait à ce commissaire un pouvoir étendu d'approuver ou de désapprouver les conditions des conventions collectives conclues entre les parties. La Cour d'appel était d'avis que [TRADUCTION] «Dans ces circonstances, la convention collective doit être considérée comme le résultat d'une action de la branche exécutive ou administrative du gouvernement» (à la p. 723).

Les questions générales que, selon le critère du contrôle, nous devons nous poser dans le cas d'une entité qui ne fait pas clairement partie de la branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement sont à mon avis tout à fait appropriées. La méthode vise à déterminer s'il y a un lien entre ce que l'on sait être le gouvernement (c'est-à-dire, les branches exécutive, législative et administrative) et ce dont on n'est pas certain qu'il s'agit du gouvernement en examinant la question de savoir si le premier exerce un contrôle général sur le dernier. Le défi que pose cette partie de la méthode est évidemment de déterminer quelles sont les formes de contrôle pertinentes. Bien que je ne croie pas que l'on puisse établir une liste exhaustive des formes de contrôle pertinentes ni affirmer que l'une d'entre elles s'avérera forcément déterminante, il me semble que la Cour d'appel, dans l'arrêt *Douglas College*, a mis l'accent sur le genre de considérations qu'il faut avoir à l'esprit, savoir, déterminer si un acteur qui fait clairement partie d'une branche du gouvernement contrôle des aspects de l'activité de l'entité en intervenant dans la formulation de sa politique, en approuvant les règlements ou règles qui établissent la façon dont l'entité doit exécuter son mandat, en répartissant les fonds utilisés pour mettre en œuvre ses objectifs ou en nommant le personnel qui dirige l'entité. Ces formes de contrôle relativement direct constituent des indices sérieux qu'une entité fait partie du gouvernement.

À mon avis, le deuxième volet du critère de contrôle pose plus de problèmes: c'est-à-dire, la recherche d'un lien précis entre le gouvernement et

impugned act. In many instances, it may be that the relevant branch of government does not exercise control over the entity's activities in as direct a way as in the *Douglas College* case, but that the entity is nonetheless a governmental actor. One need only think of those bodies that are created by statute, that depend heavily on government funding and that receive broad policy directives concerning their overall mandate from one of the branches of government, but that are deliberately placed at arm's length and given the freedom to make a wide range of choices about how to implement particular policies. This kind of arrangement is hardly novel, particularly in areas where ministers and government departments do not wish to be involved in complex and politically sensitive decisions concerning the allocation of government funds or the specific application of particular policies. Decisions of these kinds often require choosing between irreconcilable demands, and governments have therefore frequently found it prudent to create agencies or tribunals that can make these decisions free from political pressure. Thus, even although such arm's length organizations have often been created with a view to performing tasks that a government department had previously performed or might otherwise have performed, one cannot necessarily point to a nexus between the government and the arm's length organization's day-to-day activities.

In my view, it is therefore far from obvious that a body should automatically be deemed to be non-governmental simply because one cannot point to a specific nexus of the kind seen in *Douglas College*. To conclude that bodies that are in an arm's length relationship with the executive or administrative branches of government are automatically non-governmental would mean that a wide range of entities that are created but not controlled by the legislative branch of government would escape *Charter* review. This would hardly provide the kind of "unremitting protection" of rights and liberties that the *Charter* was meant to secure.

l'action contestée. Dans plusieurs cas, il est possible que la branche pertinente du gouvernement n'exerce pas de contrôle sur les activités de l'entité d'une manière aussi directe que dans l'affaire *Douglas College*, mais que l'entité demeure néanmoins un acteur gouvernemental. Il suffit de penser à ces organismes qui sont créés par des lois, qui dépendent considérablement des subventions du gouvernement et qui sont avisés par l'une des branches du gouvernement des grandes lignes directrices de leur mandat général, mais que l'on garde délibérément à distance, et qui ont une vaste marge de manœuvre quant à la mise à exécution de politiques particulières. Ce genre d'arrangement n'est guère nouveau, particulièrement dans les domaines où les ministres et ministères ne veulent pas s'immiscer dans des décisions complexes et politiquement délicates concernant la répartition des fonds publics ou l'application précise de politiques particulières. Ce genre de décisions oblige souvent à faire un choix entre des demandes irréconciliables et les gouvernements ont donc souvent jugé prudent de créer des organismes ou des tribunaux administratifs qui peuvent prendre ces décisions en l'absence de pression politique. Ainsi, même si ces organismes qui n'ont pas de lien de dépendance ont souvent été créés en vue de remplir des fonctions qu'un ministère remplissait auparavant ou qu'il aurait pu autrement remplir, on ne peut forcément déceler de rapport entre le gouvernement et les activités quotidiennes de cette organisation qui n'a pas de lien de dépendance.

g

À mon avis, il est donc loin d'être évident qu'un organisme devrait automatiquement être réputé ne pas faire partie du gouvernement pour la simple raison qu'on ne peut établir l'existence du genre de lien précis dont il était question dans l'arrêt *Douglas College*. Conclure que des organismes qui n'ont pas de lien de dépendance avec les branches exécutive ou administrative du gouvernement sont automatiquement des organismes non gouvernementaux signifierait qu'une vaste gamme d'entités créées mais non contrôlées par la branche législative du gouvernement échapperait à tout examen fondé sur la *Charte*. On pourrait alors difficilement parler de la «protection constante» des droits et libertés que la *Charte* visait à assurer.

In other words, the problem with a restrictive application of the control test is that it risks leaving open to government the option to delegate wide powers to arm's length agencies and then to insulate those bodies from *Charter* review by limiting government involvement in those bodies' day-to-day decision-making processes. An unduly restrictive version of the control test would thereby leave it open to government to exclude significant areas of activity from *Charter* review.

I note that Mr. Roger Tassé has observed, "There has been a tremendous increase in subordinate legislation over the course of the past 25 years. Government by way of regulation is much more commonplace today than is government by conventional legislation": see "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", *supra*, at p. 73. Mr. Tassé goes on to identify the very concern that I have just raised when he states at p. 72:

The subordinate authority to which legislative powers are delegated must be subject to the same obligations and constraints as the enabling authority. If it were otherwise, Parliament and the legislatures could avoid their constitutional obligations simply by confiding to others the authority to exercise their powers. This means that all regulation-making authority conferred on Cabinet, individual ministers, civil servants, commissions or administrative tribunals must be exercised so as to comply with the Charter. It means still more, however. Not only must the regulations themselves comply with the Charter, but actions taken under the authority of those regulations must also comply. [Emphasis added.]

In my view, these comments are equally applicable to arm's length bodies that are subject to general governmental control.

It seems to me therefore that the control test has something valuable to say at a general level. The presence of general government control will amount to an important indicium that one is faced with government action although it will not neces-

En d'autres termes, le problème que soulève une application restrictive du critère du contrôle est qu'elle risque de permettre au gouvernement de déléguer de vastes pouvoirs à des organismes qui n'ont pas de lien de dépendance et ensuite de les soustraire à un examen fondé sur la *Charte* en restreignant la participation du gouvernement dans leur processus décisionnel quotidien. Une application trop restrictive du critère du contrôle permettrait ainsi au gouvernement de soustraire de larges domaines d'activités à l'examen fondé sur la *Charte*.

Je souligne que M^c Roger Tassé a fait remarquer que «La législation déléguée a connu au cours des vingt-cinq dernières années un essor phénoménal. Les interventions gouvernementales à caractère réglementaire sont beaucoup plus nombreuses de nos jours que les interventions à caractère proprement législatif»: voir «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», précité, à la p. 85. Maître Tassé identifie ensuite la préoccupation même que je viens de soulever lorsqu'il affirme, aux pp. 84 et 85:

L'autorité à qui est attribué le pouvoir de légiférer est assujettie aux mêmes obligations et contraintes que l'autorité habilitante. Autrement, il serait trop facile au Parlement et aux législatures de ne pas donner suite à leurs obligations constitutionnelles en confiant à d'autres le pouvoir d'exercer leur autorité. C'est dire que l'autorité d'établir des règlements conférée au conseil des ministres, à un ministre, à des fonctionnaires, à des commissions ou tribunaux administratifs doit toujours être exercée dans le respect des droits et libertés garantis par la *Charte*. Mais il faut aller plus loin. En effet, non seulement les règlements eux-mêmes ne doivent-ils pas porter atteinte aux droits et libertés garantis par la *Charte*, mais les actions prises en vertu de ces règlements doivent aussi être respectueuses de la *Charte*. [Je souligne.]

À mon avis, ces observations s'appliquent tout autant aux organismes sans lien de dépendance qui sont assujettis à un contrôle gouvernemental général.

Il me semble donc que le critère du contrôle comporte un élément pertinent sur le plan général. L'existence d'un contrôle gouvernemental général constitue un indice important qu'il s'agit d'une action gouvernementale, bien que cet indice ne soit

sarily be conclusive. One can, of course, conceive of entities that are subject to government regulation and that are therefore subject to control but that are in no sense part of government, e.g., private corporations that are subject to government regulation. The evidence that one is dealing with government action will, of course, be even stronger if one can point to a direct nexus between government and the activity in question. But I do not think that the specific questions the control test poses about the presence of such a nexus are in any sense necessary conditions for a finding that there is government action. I am quite prepared to accept that, even in the absence of such a nexus, there may be sufficient government control to enable one to conclude that government action is in issue.

(b) The “Government Function” Test

A second test that has been proposed asks whether the performance of a given activity is a “government function”. It seems to me that this is the kind of test that the Ontario Court of Appeal applied in this appeal when it asked itself whether a university performs a government function. In the Ontario Court of Appeal’s view universities do not perform a government function even although they provide a public service for which they receive significant government funding. But the Court of Appeal felt that a body like a municipality would be subject to the *Charter* because it performs what the Court of Appeal viewed as quintessentially governmental functions, including the enactment of laws of general application. The Court of Appeal observed (see: *McKinney v. University of Guelph* (1987), 63 O.R. (2d) 1, at p. 24):

The fact that municipal corporations are “creatures of the legislature” is not determinative. It is the function that they were created to perform that is. “Creatures of the legislature” do not automatically become accountable to the Charter: they remain accountable to their “creator”. Ordinarily, it is their “creator” which would attract the reach of the Charter, but municipal corporations differ from other statutory corporations in that they are incorporated by government to perform a governmental function; a function that the provincial government could and often does perform itself. As such,

pas nécessairement déterminant. Il est évidemment possible d’imaginer des entités assujetties à la réglementation gouvernementale et donc à un contrôle mais qui ne font aucunement partie du gouvernement, par exemple des sociétés privées assujetties à la réglementation gouvernementale. La preuve qu’il s’agit d’une action gouvernementale sera évidemment plus solide si l’on peut déceler un lien direct entre le gouvernement et l’activité en question. Mais je ne crois pas que les questions précises que soulève le critère du contrôle quant à l’existence d’un tel lien soient de toute façon des conditions nécessaires pour conclure à l’existence d’une action gouvernementale. Je suis tout à fait disposée à reconnaître que, même en l’absence d’un tel lien, le gouvernement peut exercer suffisamment de contrôle pour conclure qu’il s’agit d’une action gouvernementale.

b) Le critère de la «fonction gouvernementale»

Selon le deuxième critère proposé, il faut déterminer si l’exécution d’une activité donnée est une «fonction gouvernementale». Il me semble que c’est le genre de critère que la Cour d’appel de l’Ontario a appliqué en l’espèce lorsqu’elle s’est demandé si une université exerce une fonction gouvernementale. De l’avis de la Cour d’appel de l’Ontario, les universités n’exercent pas une fonction gouvernementale, même si elles offrent un service public pour lequel elles touchent des subventions gouvernementales considérables. Mais la Cour d’appel était d’avis qu’un organisme comme une municipalité serait assujetti à la *Charte* parce qu’il exerce ce que la Cour d’appel considèrerait essentiellement comme des fonctions gouvernementales, dont l’adoption de lois d’application générale. La Cour d’appel souligne (voir: *McKinney v. University of Guelph* (1987), 63 O.R. (2d) 1, à la p. 24):

[TRADUCTION] Le fait que les municipalités soient des «créatures de la législature» n’est pas déterminant. C’est la fonction pour laquelle elles ont été créées qui l’est. Les «créatures de la législature» ne sont pas automatiquement assujetties à la Charte: elles demeurent assujetties à leur «créateur». Habituellement, c’est leur «créateur» qui relèverait de la portée de la Charte, mais les municipalités diffèrent des autres personnes morales créées par des lois en ce qu’elles sont constituées par le gouvernement pour exercer une fonction gouvernementale; une fonction que le gouvernement provincial pourrait exercer

they can be considered "a distinct level of government" to use Linden J.'s phrase, or "a branch of government" to use that of McIntyre J. in *Dolphin Delivery*, *supra*. But it is the function for which they are incorporated that gives them this status and not the mere fact that they are incorporated and have their authority to act bestowed upon them by their incorporating statute. [Emphasis added.]

In my view, there are at least three problems with the Ontario Court of Appeal's "functional" approach. First, it seems to me that the particular version of this approach advocated by the Ontario Court of Appeal is based on a rather narrow view of government as the maker and enforcer of laws. At best, this can be but part of any complete picture of the modern Canadian state. I think it clear that over time government has become involved in many areas through the creation of bodies that do not simply enact laws (and may not enact laws at all) but that provide a wide range of services and support (financial or otherwise) to the citizen. There is therefore a real danger that the Ontario Court of Appeal has narrowly circumscribed government's "function" in a way which does not accord with twentieth century reality.

Second, even if one were to operate with a somewhat more expansive concept of a government's "function", this approach would risk excluding from *Charter* review many actions of the legislative, executive or administrative branches of government that might not necessarily be seen as part of a government's "function": for example, entering into employment agreements with civil servants or entering into contracts for supplies with outside bodies. This result would hardly be compatible with a purposive interpretation of s. 32(1) of the *Charter*, a provision which states that the *Charter* applies to "all matters within the authority" of Parliament.

Third, and most importantly, it seems to me that a functional approach risks assuming that govern-

lui-même et qu'il exerce d'ailleurs souvent lui-même. À ce titre, elles peuvent être considérées comme «un palier distinct de gouvernement», pour reprendre les propos du juge Linden, ou comme une «branche du gouvernement», pour reprendre ceux du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Mais c'est la fonction à l'origine de leur constitution en personne morale qui leur confère ce statut et non le simple fait qu'elles sont constituées en personne morale et que leur pouvoir d'agir leur soit conféré par leurs lois constitutives. [Je souligne.]

À mon avis, la méthode «fonctionnelle» de la Cour d'appel de l'Ontario soulève au moins trois difficultés. Premièrement, il me semble que la version particulière de la méthode préconisée par la Cour d'appel de l'Ontario est fondée sur une conception plutôt étroite du gouvernement comme étant responsable de l'adoption et de l'application des lois. Au mieux, cet élément ne peut être qu'une partie de toute description complète de l'État canadien d'aujourd'hui. Je pense qu'il est clair qu'avec le temps le gouvernement est intervenu dans plusieurs domaines en créant des organismes qui ne font pas simplement qu'adopter des lois (et peuvent fort bien ne pas en adopter), mais qui offrent un vaste éventail de services et d'appui (financier ou autre) aux citoyens. Il existe donc un véritable danger que la Cour d'appel de l'Ontario ait défini restrictivement la «fonction» gouvernementale d'une façon non conforme à la réalité du XX^e siècle.

Deuxièmement, même si on utilisait une notion plus large de la «fonction» gouvernementale, cette interprétation risquerait de soustraire à l'examen fondé sur la *Charte* un bon nombre d'actions des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement qui pourraient fort bien être considérées comme ne faisant pas partie de la «fonction» gouvernementale: par exemple, la conclusion de contrats de travail avec les fonctionnaires ou la conclusion de contrats de fournitures avec des organismes de l'extérieur. Ce résultat serait difficilement compatible avec une interprétation fondée sur l'objet visé du par. 32(1) de la *Charte*, une disposition qui prévoit que la *Charte* s'applique à «tous les domaines relevant» du Parlement.

Troisièmement, et de façon plus importante, il me semble qu'une méthode fonctionnelle risque de

ment is static, something which the historical review that I have presented reveals is far from the case. If we have learned anything from the widespread criticism of the private/ government distinction and the remarkable evolution of government in the last century, it must surely be that government's functions are not finite. Government has become involved in an ever-widening range of activities. Moreover, it is likely both to move into new areas and to move out of areas in which it no longer feels it should be involved. Governments' functions are constantly evolving even although there may be some core group of activities that most governments have engaged in most of the time. Any test that focusses solely on these core activities, or that limits itself to the activities that a given government is engaged in at a particular point in time, will be of little use in dealing with hard cases in which government has assumed a new area of involvement.

In other words, it is a mistake to think that one can identify the key function(s) that is (are) determinative of what is government. In my view, it is hardly surprising that in the course of conducting a thorough analysis of a variety of bodies that one might consider part of government, Mr. Tassé concludes that "There are no clear and generally accepted criteria for determining when a function is properly judged to be governmental" (Tassé, *op. cit.*, at p. 81). A function becomes governmental because a government has decided that it should perform that function, not because the function is inherently a government function. It seems to me that in ignoring this point the functional approach risks putting the cart before the horse. Moreover, it seems to me that one must recognize that there may be circumstances in which both governmental and non-governmental bodies fulfil a given function at the same time. In such cases the functional approach may tell us little about the status of any given entity that performs that function.

présumer que le gouvernement est statique, ce qui est loin d'être le cas compte tenu du rappel historique que j'ai présenté. S'il y a une leçon à tirer des critiques généralisées auxquelles a donné lieu la distinction entre l'action privée et l'action gouvernementale ainsi que de l'évolution remarquable du gouvernement au cours du dernier siècle, c'est certainement que les fonctions du gouvernement ne sont pas figées. Le gouvernement participe à un éventail d'activités toujours plus vaste. En outre, il est probable qu'il intervienne dans de nouveaux domaines et se retire de domaines où il estime ne plus devoir intervenir. Les fonctions gouvernementales évoluent constamment même s'il peut exister un certain groupe d'activités essentielles que la majorité des gouvernements exercent la plupart du temps. Le critère qui ne porte que sur ces activités essentielles, ou qui se restreint aux activités qu'un gouvernement particulier exerce à un moment donné, sera de peu d'utilité dans les cas difficiles où le gouvernement est intervenu dans un nouveau domaine d'activités.

e

En d'autres termes, il est erroné de croire que l'on peut identifier la ou les fonctions-clés qui déterminent ce qui constitue le gouvernement. À mon avis, il n'est guère surprenant que, dans l'examen complet de divers organismes que l'on pourrait considérer comme faisant partie du gouvernement, M^e Tassé ait conclu que «Il n'existe pas de critères communément acceptés qui permettent de déterminer clairement quand une fonction a un caractère proprement gouvernemental» (Tassé, *op. cit.*, à la p. 94). Une fonction devient gouvernementale parce qu'un gouvernement a décidé qu'il devrait l'exercer et non parce que la fonction est en soi une fonction gouvernementale. Il me semble que si on ignore ce point, la méthode fonctionnelle risque de nous amener à mettre la charrue devant les bœufs. En outre, il me semble nécessaire de reconnaître qu'il peut y avoir des circonstances dans lesquelles tant les organismes gouvernementaux que non gouvernementaux exercent simultanément une fonction donnée. Dans ces cas, la méthode fonctionnelle peut ne pas nous révéler grand-chose quant au statut d'une entité donnée qui exerce cette fonction.

j

That much having been said, it does seem to me that the functional approach has something to offer, provided that one does not assume that just because a body is not performing a traditional government function it is not a government actor. The fact that an entity is performing an activity that we have come to accept as being one of the exclusive functions that a given level of government performs may well be a strong indicium that one is faced with a government actor. Indeed, one may conclude that even although there is no direct nexus between government and a given body's activities and that even although there is minimal government control over that body, the entity must nonetheless be viewed as part of government because it performs a function that has traditionally been performed by government.

Ultimately, much will turn on the function with which one is concerned. While there are functions that government has long fulfilled, e.g., the criminal law enforcement process, there are others that may on some occasions be fulfilled by government and on other occasions by other kinds of bodies, e.g., private corporations. There may also be functions that government decides it should no longer perform. And, as I have already suggested, there may be sectors of the economy where government is competing directly with the private sector with respect to the provision of particular services and where it is very difficult to apply a functional approach in order to sort out which players are government actors and which are not. At best, then, the functional approach can only provide tentative answers to the question whether one is dealing with government. But the approach may nonetheless point to important considerations that should be taken into account in any analysis of the status of a given body.

(c) The "Government Entity" Test

A third approach might centre on the question of whether a given body is a "government entity". This approach focusses on the question whether an entity performs a task pursuant to statutory au-

Cela dit, il me semble que la méthode fonctionnelle a quelque chose à offrir, pourvu qu'on ne présume pas que pour la seule raison qu'un organisme n'exerce pas une fonction gouvernementale traditionnelle il n'est pas un acteur gouvernemental. Le fait qu'une entité exerce une activité que nous sommes venus à considérer comme l'une des fonctions exclusives d'un palier de gouvernement donné peut fort bien être un indice sérieux qu'il s'agit d'un acteur gouvernemental. En réalité, on peut conclure que même s'il n'existe pas de lien direct entre le gouvernement et les activités d'un organisme donné et même s'il y a un contrôle minimal du gouvernement sur cet organisme, celui-ci doit néanmoins être considéré comme faisant partie du gouvernement parce qu'il exerce une fonction qui a été traditionnellement exercée par le gouvernement.

Finale­ment, tout dépendra, dans une large mesure, de la fonction dont il est question. Bien qu'il existe des fonctions que le gouvernement exerce depuis longtemps, comme par exemple le processus d'application du droit criminel, il y en a d'autres qui peuvent être exercées par le gouvernement dans certaines circonstances et par d'autres types d'organismes, par exemple des sociétés privées, dans d'autres circonstances. Il peut également y avoir des fonctions que le gouvernement juge ne plus devoir exercer. Et comme je l'ai déjà proposé, il peut y avoir des secteurs de l'économie où le gouvernement est en concurrence directe avec le secteur privé quant à la fourniture de services particuliers et où il est très difficile d'utiliser une méthode fonctionnelle pour déterminer qui est un acteur gouvernemental et qui ne l'est pas. Au mieux, la méthode fonctionnelle ne peut alors apporter que des réponses approximatives à la question de savoir s'il s'agit du gouvernement. Mais cette méthode peut néanmoins faire ressortir des considérations importantes dont on devrait tenir compte dans l'examen du statut d'un organisme donné.

(c) Le critère de l'«entité gouvernementale»

Une troisième méthode pourrait porter sur la question de savoir si un organisme donné est une «entité gouvernementale». Cette méthode est axée sur la question de savoir si une entité exécute une

thority and whether it performs that task on behalf of government in furtherance of a government purpose. In my view, this approach captures considerations which neither the control test nor the government function test address, considerations that may well enable us to ascertain whether government is in fact taking on new roles or fulfilling old roles through the creation of new institutional arrangements.

While I am not aware of a decision based on this approach to the interpretation of s. 32(1) of the *Charter*, it seems to me that this Court has applied a variation of this test in cases in which it has dealt with the doctrine of Crown immunity. I note, for example, that in *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at pp. 565-66, this Court stated:

Statutory bodies such as Uranium Canada and Eldorado are created for limited purposes. When a Crown agent acts within the scope of the public purposes it is statutorily empowered to pursue, it is entitled to Crown immunity from the operation of statutes, because it is acting on behalf of the Crown. When the agent steps outside the ambit of Crown purposes, however, it acts personally, and not on behalf of the state, and cannot claim to be immune as an agent of the Crown.

While this approach has traditionally been used to determine when an entity's actions are not bound by statutes, it seems to me that it may well be of assistance in identifying bodies whose acts are subject to *Charter* review.

More precisely, this approach looks at the nature of a body's statutory authority and addresses the possibility that government has delegated power to a subordinate body. It seems to me that this approach may therefore assist one to identify those bodies that are neither subject to extensive government control and that cannot be said to be carrying out a traditional government function, but that may nonetheless be the product of government's decision to take on a new role. By examining whether a body exists to serve a government's objectives in a particular area or acts

tâche conformément à un pouvoir conféré par la loi et si elle l'exécute au nom du gouvernement dans la poursuite d'un objectif gouvernemental. À mon avis, cette méthode tient compte de considérations qui ne visent pas le critère du contrôle et le critère de la fonction gouvernementale, des considérations qui peuvent fort bien nous aider à déterminer si le gouvernement s'apprête à remplir réellement de nouveaux rôles ou s'il remplit d'anciens rôles en créant de nouveaux arrangements institutionnels.

Bien que je ne connaisse pas de décisions fondées sur cette façon d'interpréter le par. 32(1) de la *Charte*, il me semble que notre Cour a appliqué une variante de ce critère lorsqu'elle a examiné la théorie de l'immunité de l'État. Par exemple, je souligne que dans l'arrêt *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, aux pp. 565 et 566, notre Cour a affirmé:

La loi crée des organismes comme Uranium Canada et Eldorado à des fins précises. Lorsqu'un mandataire de l'État agit conformément aux fins publiques qu'il est autorisé légalement à poursuivre, il a le droit de se prévaloir de l'immunité de l'État à l'encontre de l'application des lois parce qu'il agit pour le compte de l'État. Cependant, lorsque le mandataire outrepassé les fins de l'État, il agit personnellement et non pour le compte de l'État, et il ne peut invoquer l'immunité dont bénéficie le mandataire de l'État.

Bien que cette méthode ait été traditionnellement utilisée pour déterminer dans quelles circonstances les actions d'une entité ne sont pas régies par des lois, il me semble qu'elle peut nous aider à identifier les organismes dont les actions sont assujetties à un examen fondé sur la *Charte*.

Plus précisément, cette méthode tient compte de la nature du pouvoir légal d'un organisme et de la possibilité que le gouvernement ait délégué son pouvoir à un organisme subordonné. Il me semble que cette méthode peut donc nous aider à identifier les organismes qui ne font pas l'objet d'un contrôle gouvernemental poussé et dont on ne peut pas dire qu'ils exercent une fonction gouvernementale traditionnelle, mais qui peuvent néanmoins résulter d'une décision du gouvernement d'assumer un nouveau rôle. Dans l'examen de la question de savoir si un organisme existe en vue de répondre

primarily in its own self-interest, this approach may also assist one in distinguishing between entities that are in some sense creatures of statute but that cannot be said to form part of government (e.g., privately held corporations incorporated under a Business Corporations Act) and entities that are creatures of statute that do form part of government (e.g., Crown agents).

Thus, this approach would assist in identifying bodies like Eldorado Nuclear Limited as part of government even although the body's "corporate objects clauses and the relevant statutes leave it free to operate without government direction" (*per* Dickson J. in *Eldorado, supra*, at p. 573) and even although the body operated within a relatively new area of government activity, i.e., the nuclear industry. As a Crown agent created to address what the government of the day clearly perceived to be a matter of public concern, this body would therefore be required to abide by basic constitutional norms.

In my view, this result accords with common sense. I note that in the course of its extensive study of government management and accountability, the Lambert Commission, *op. cit.*, at p. 269, observed:

The extensive resort to Crown agencies is a legitimate response by government to the problem of developing alternative instrumentalities to cope with the demands imposed by the assumption of new roles that require independent sources of policy advice, regulation of important sectors of the economy, objective determination of rights, and outright government ownership and operation of numerous business-like undertakings. Crown agencies serve a necessary and useful purpose in lightening the burdens on ministers caused by the growth of programs and added responsibilities within conventional departments.

As I have already mentioned, it seems to me self-evident that the *Charter* was meant to bind

aux objectifs d'un gouvernement dans un domaine particulier ou s'il agit principalement dans son propre intérêt, cette méthode peut également nous aider à faire la distinction entre les entités qui, dans un certain sens, sont des créatures de la loi, mais dont on ne peut pas dire qu'elles font partie du gouvernement (par exemple, les sociétés privées constituées en vertu d'une loi concernant les sociétés commerciales), et celles qui sont des créatures de la loi et font partie du gouvernement (par exemple, les mandataires de Sa Majesté.)

Ainsi, cette méthode aiderait à identifier des organismes qui, à l'instar d'Eldorado Nucléaire Limitée, font partie du gouvernement même si les «objets de la compagnie et les lois pertinentes lui permettent de fonctionner sans directives du gouvernement» (le juge Dickson, dans l'arrêt *Eldorado*, précité, à la p. 573) et même si l'organisme fonctionne dans un domaine relativement nouveau de l'activité gouvernementale, savoir l'industrie nucléaire. En tant que mandataire de Sa Majesté créé pour répondre à ce que le gouvernement de l'époque percevait clairement comme un domaine d'intérêt public, cet organisme serait donc tenu de respecter les normes constitutionnelles fondamentales.

À mon avis, ce résultat est conforme à la logique. Je souligne que dans le cadre de son examen détaillé de la gestion et de l'imputabilité du gouvernement, la Commission Lambert, *op. cit.*, à la p. 311:

Ce recours considérable à des organismes de la Couronne est une réaction légitime du gouvernement aux problèmes que pose la mise en place de nouveaux mécanismes visant à faire face aux exigences de sa prise en charge de nouvelles fonctions qui appellent, de sources autonomes, des conseils en matière de politique, la réglementation d'importants secteurs de l'économie, et une détermination objective des droits ainsi que l'entière propriété et l'exploitation de nombreuses entreprises à caractère commercial. Les organismes de la Couronne jouent un rôle utile et nécessaire en allégeant le fardeau des ministres qui font face à la croissance des programmes et des responsabilités au sein des ministères de type classique.

Comme je l'ai déjà souligné, il me semble évident en soi que la *Charte* visait à lier Sa Majesté. Je ne

the Crown. I can see no reason why Crown agents should be labelled non-governmental and thereby exempted from the ambit of the *Charter*. If we are to ensure that the *Charter* continues to provide unremitting protection of individual rights and liberties, then it seems to me that the "alternative instrumentalities" that the Lambert Commission identified must be subject to the *Charter*. I note that Professor Hogg has reached a similar conclusion in *Constitutional Law of Canada* (2nd ed.), *op. cit.*, at p. 672, where he observes:

Also clearly included are those Crown corporations and public agencies that are outside the formal departmental structure, but which, by virtue of ministerial control or express statutory stipulation, are deemed to be "agents" of the Crown.

Once again, I do not think that this approach will necessarily produce definitive answers. There might well be entities like charitable organizations that are creatures of statute and that serve the public interest, but which would not be properly viewed as part of government. Nevertheless, it does seem to me that this approach captures an important perspective that must be borne in mind in any inquiry concerning government action, a perspective that is absent from both the control test and the government function test. This is a perspective that can help us to identify some of the more unusual bodies that government creates or becomes intricately involved with in the process of pursuing particular government objectives.

As this review of possible approaches to the identification of government makes clear, I do not think that any one test or approach is a panacea. All have something of value to offer since each provides a somewhat different perspective from which to deal with the question what is government. But each alone risks missing a range of bodies that it seems to me must be viewed as part of government, particularly if one is to ensure that the *Charter* does in fact provide unremitting protection for individual rights and liberties. It would seem therefore that the only satisfactory approach under s. 32(1) of the *Charter* is one that is sensi-

vois aucune raison pour laquelle les mandataires de Sa Majesté devraient être qualifiés d'organismes non gouvernementaux et être ainsi soustraits à la portée de la *Charte*. Si nous voulons veiller à ce que la *Charte* continue à assurer une protection constante des droits et libertés individuels, il me semble alors que les «nouveaux mécanismes» identifiés par la Commission Lambert doivent être assujettis à la *Charte*. Je souligne que le professeur Hogg parvient à une conclusion semblable dans son ouvrage *Constitutional Law of Canada* (2^e éd.), *op. cit.*, à la p. 672, lorsqu'il fait remarquer:

[TRADUCTION] Sont également clairement compris les sociétés d'État et les organismes publics qui ne relèvent pas de la structure formelle des ministères, mais qui, en raison d'un contrôle ministériel ou d'une disposition législative expresse, sont réputés être des «mandataires» de Sa Majesté.

Encore une fois, je ne crois pas que cette méthode apporte nécessairement des réponses définitives. Il pourrait bien y avoir des entités, comme des organismes de bienfaisance, qui sont créées par des lois et qui servent l'intérêt public, mais dont on ne pourrait vraiment dire qu'elles font partie du gouvernement. Néanmoins, il me semble que cette méthode saisit une perspective importante qu'il faut avoir à l'esprit dans tout examen de l'action gouvernementale, une perspective qu'on ne retrouve pas dans le critère du contrôle et le critère de la fonction gouvernementale. Il s'agit d'une perspective qui peut nous aider à identifier certains des organismes les plus inusités que crée le gouvernement ou auxquels il en vient à s'associer intimement dans la poursuite d'objectifs gouvernementaux particuliers.

Comme l'indique clairement cet examen des méthodes qu'on peut utiliser pour identifier le gouvernement, je ne crois pas qu'un seul critère ou point de vue serve de panacée. Tous comportent des éléments valables puisque chacun apporte une perspective quelque peu différente à la question de savoir ce qu'est le gouvernement. Mais chacun risque d'oublier une série d'organismes qui, à mon avis, doivent être considérés comme faisant partie du gouvernement, particulièrement si l'on veut s'assurer que la *Charte* accorde réellement une protection constante des droits et libertés individuels. Il me semble donc que la seule méthode

tive to the strong points of each of the approaches outlined above.

As a result, I would favour an approach that asks the following questions about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government:

1. Does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question?

2. Does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state?

3. Is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

Each of these questions is meant to identify aspects of government in its contemporary context. An affirmative answer to one or more of these questions would, to my mind, be a strong indicator that one is dealing with an entity that forms part of government. I hasten to add, however, that an affirmative answer can never be more than an indicator. It will always be open to the parties to explain why the body in question is not part of government. Likewise a negative answer is not conclusive that the entity is not part of government. It will always be open to the parties to explain that there is some other feature of the entity that the questions listed above do not touch upon but which makes it part of government.

We must at all costs be sensitive to the fact that government is a constantly evolving organism. It follows that the kinds of questions we must ask when trying to identify government must also be capable of evolving. It seems to me that the reason why fixed tests designed to identify government inevitably fail is that they assume that government is static, an assumption that is not borne out by an historical and comparative review of governments in this and other countries. As a result, the ques-

satisfaisante en vertu du par. 32(1) de la *Charte* est celle qui tient compte des points forts de chacune des méthodes déjà décrites.

a Par conséquent, je favoriserais une méthode qui soulève les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement:

b 1. La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question?

c 2. L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État?

d 3. L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

e Chacune de ces questions vise à identifier des aspects du gouvernement dans son contexte contemporain. À mon avis, une réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions constituerait un indice sérieux qu'il s'agit d'une entité qui fait partie du gouvernement. Je m'empresse cependant d'ajouter qu'une réponse affirmative ne peut jamais être plus qu'un indice. Les parties pourront toujours expliquer pourquoi l'organisme en question ne fait pas partie du gouvernement. De même, une réponse négative n'est pas une conclusion que l'entité ne fait pas partie du gouvernement. Les parties pourront toujours expliquer que l'entité comporte quelque autre aspect que les questions formulées précédemment ne visent pas mais qui fait en sorte qu'elle fait partie du gouvernement.

f Il faut à tout prix être conscient du fait que le gouvernement est un organisme constamment en évolution. Il s'ensuit que le genre de questions que nous devons poser en tentant d'identifier le gouvernement est également susceptible d'évoluer. Il me semble que la raison pour laquelle les critères fixes conçus pour identifier le gouvernement s'avèrent toujours inefficaces est qu'ils présument que le gouvernement est statique, une présomption qu'un examen historique et comparatif des gouverne-

tions that I have listed above are not carved in stone. Other questions may have to be added to the list as governments enter or withdraw from different fields. The questions I have listed are intended only as practical guidelines to those trying to decide whether a body that is not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government may nonetheless be part of government for purposes of s. 32(1) of the *Charter*.

5. *Application of the Criteria to the Universities*

(a) The "Control" Test

A review of the various connections between the province and the universities leads me to conclude that the state exercises a substantial measure of control over universities in Canada.

As I noted earlier in these reasons, control may be exercised in a variety of different ways. In this case the government has exercised control over the universities in four broad areas: (1) funding; (2) governing structure; (3) decision-making processes; and (4) policy. Dealing first with funding, it is clear that the province has involved itself heavily in the financing of these institutions of higher learning. As my colleague La Forest J. has noted, the province contributes substantially to the existence of the universities. It finances the bulk of the universities' capital expenditures and provides special funds for special projects. The evidence reveals that approximately 80 per cent of the operating and capital costs of the universities is met by government. In addition to those matters to which La Forest J. has referred, I point out that the government also funds the universities' "clientele", i.e., the student population. It is the availability from government of student grant and loan programs which makes it possible for a great many students to obtain a university education. Finally, the government provides funding for specific research projects.

ments dans notre pays et dans d'autres ne corrobore pas. Par conséquent, les questions que j'ai formulées plus haut ne sont pas figées à tout jamais. D'autres questions devront peut-être être ajoutées à la liste au fur et à mesure que les gouvernements interviennent dans différents domaines ou s'en retirent. Les questions que j'ai formulées se veulent seulement des directives pratiques pour déterminer si un organisme dont il n'est pas évident en soi qu'il fait partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement peut néanmoins faire partie du gouvernement aux fins du par. 32(1) de la *Charte*.

5. *Application du critère aux universités*

a) Le critère du «contrôle»

Un examen des divers liens qui existent entre la province et les universités m'amène à conclure que l'État exerce un contrôle important sur les universités au Canada.

Comme je l'ai déjà souligné dans les présents motifs, ce contrôle peut s'exercer de plusieurs manières différentes. En l'espèce, le gouvernement a exercé un contrôle sur les universités dans quatre grands domaines: (1) le financement; (2) l'organisation interne; (3) le processus décisionnel; et (4) les politiques. Abordant d'abord le financement, il est clair que la province a grandement participé au financement de ces institutions d'enseignement supérieur. Comme mon collègue le juge La Forest l'a souligné, la province contribue sensiblement à l'existence des universités. Elle finance la majeure partie des dépenses en immobilisations des universités et leur accorde des fonds spéciaux pour des projets spéciaux. La preuve indique que près de 80 pour 100 des coûts d'exploitation et d'immobilisations des universités sont absorbés par le gouvernement. Outre ces éléments mentionnés par le juge La Forest, je souligne que le gouvernement subventionne également la «clientèle» des universités, c'est-à-dire la population étudiante. C'est parce que les étudiants peuvent obtenir des bourses et des prêts du gouvernement que plusieurs d'entre eux poursuivent leurs études à l'université. Enfin, le gouvernement accorde des subventions pour des projets de recherche particuliers.

It should also be noted that government funding of universities is not unconditional. The universities disburse operating grants in accordance with a ministerial Operating Formula Manual which, while not designed to limit or control the expenditure of funds granted to the universities, has as a practical matter that effect. Operating grants are calculated on the basis of the costs of the university program and the number of students involved in that program. The universities set their own tuition fees which are then subtracted from the operating grants. The universities may set tuition fees at 110 per cent of the formula fee without a reduction in operating grants. Control is also exercised over capital and special grants. These grants must be spent on the purposes for which they were received.

The broadly based nature of the financial assistance offered by government to all members of the university community including the administration, students, and academics indicates that government exercises a substantial measure of control over the operation of universities.

Second, the government exercises what may be termed "structural" control over these institutions. All of the universities in issue in this appeal have been incorporated through Acts of the provincial legislature. The history of this feature of these institutions was summarized by the Ontario Court of Appeal at pp. 14-15:

The University of Toronto (U. of T.) was created by the legislature as the "provincial university" in 1849. Its enabling statute was changed from time to time and is presently the *University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, c. 56.

The University of Guelph (Guelph) is an amalgam of the Ontario Agricultural College, the Ontario Veterinary College and the McDonald Institute which formerly operated under the direct control of the provincial Department of Agriculture. The university in its present form was created in 1964 by the *University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, c. 120.

Il convient également de souligner que le gouvernement ne subventionne pas les universités de manière inconditionnelle. Les universités utilisent les subventions d'exploitation conformément à un manuel ministériel portant sur leur utilisation qui, bien qu'il ne vise pas à limiter ou à contrôler l'utilisation de ces fonds par les universités, a en pratique cet effet. Les subventions d'exploitation sont établies en fonction des coûts des programmes universitaires et du nombre d'étudiants qui y sont inscrits. Les universités fixent elles-mêmes les frais de scolarité qui sont ensuite soustraits des subventions d'exploitation. Les universités peuvent établir les frais de scolarité à 110 pour 100 des frais établis dans le manuel sans qu'il y ait réduction des subventions d'exploitation. Un contrôle est également exercé sur les subventions relatives aux dépenses en immobilisations et les subventions à des fins particulières. Ces subventions doivent être utilisées en fonction des objets pour lesquels elles ont été accordées.

La nature étendue de l'aide financière que le gouvernement accorde à tous les membres de la communauté universitaire, y compris l'administration, les étudiants et les professeurs, indique que le gouvernement exerce un contrôle considérable sur l'exploitation des universités.

Deuxièmement, le gouvernement exerce ce qu'on peut appeler un contrôle sur l'«organisation» de ces institutions. Toutes les universités concernées par ce pourvoi ont été constituées en personne morale au moyen de lois provinciales. La Cour d'appel de l'Ontario a fait un résumé de l'historique de cet aspect de ces institutions, aux pp. 14 et 15:

[TRADUCTION] L'Université de Toronto (U. de T.) a été créée par la législature comme «l'université de la province» en 1849. Sa loi habilitante a été modifiée à l'occasion et s'intitule actuellement l'*University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, ch. 56.

L'Université de Guelph (Guelph) est un amalgame de l'Ontario Agricultural College, de l'Ontario Veterinary College et du McDonald Institute dont l'exploitation était autrefois contrôlée directement par le ministère provincial de l'Agriculture. L'Université, sous sa forme actuelle, a été créée en 1964 par l'*University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, ch. 120.

Laurentian University (Laurentian) finds its origin in Sacred Heart College established as a Roman Catholic and bilingual college in 1913. In 1957 it was changed by an Act of the legislature into the University of Sudbury and subsequently became Laurentian University by the passage of the *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, c. 151, as amended by 1961-62, c. 154, ss. 1 to 7.

York University (York) was established in 1959 as an affiliate of the U. of T. This affiliation ended by mutual agreement in 1965 when the legislature enacted the *York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143.

These "enabling" statutes set out in detail the powers, functions, privileges, and governing structure of the universities. Each establishes a governing body known as the board of governors in the case of Laurentian, York and Guelph and the governing council in the case of the U. of T. These governing bodies are given the power to "run" the institutions. They are the entities responsible for exercising all the powers and authority granted to the universities under their enabling legislation as well as under other Acts which touch upon their powers (eg., the *University Expropriation Powers Act*, R.S.O. 1980, c. 516).

Third, the legislative branch of government through the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.O. 1980, c. 224, confers power on the courts to supervise the universities' exercise of their authority in order to ensure adherence to the principle of fairness. There is accordingly governmental control over some university processes.

Finally, I believe that the province indirectly controls a significant amount of university policy. For example, in the area of undergraduate programs, prior approval must be obtained from the Ontario Council on University Affairs ("OCUA"), an advisory committee appointed by the Lieutenant Governor in Council pursuant to the *Ministry of Colleges and Universities Act*, R.S.O. 1980, c. 272, for any new programs outside core arts and science subjects. Further, an annual report must be submitted by OCUA respecting regular programming. With respect to graduate programs, they must first be accredited by the Ontario Council on

L'Université Laurentienne (Laurentienne) a son origine dans le Sacred Heart College établi en 1913 comme collège catholique romain bilingue. En 1957, il a été modifié par une loi provinciale pour devenir l'Université de Sudbury et, par la suite, l'Université Laurentienne en vertu de la *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, modifiée par 1961-62, ch. 154, art. 1 à 7.

L'Université York (York) a été constituée en 1959 comme filiale de l'U. de T. On a mis fin à cette affiliation par entente réciproque en 1965 lorsque la législature a adopté la *York University Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 143.

Ces lois «habilitantes» établissent en détail les pouvoirs, fonctions et privilèges des universités ainsi que leur organisation interne. Chacune établit un corps dirigeant, appelé «board of governors» dans le cas de l'Université Laurentienne, de l'Université York et de l'Université de Guelph, et «governing council» dans le cas de l'Université de Toronto. Ces corps dirigeants ont le pouvoir d'exploiter les institutions. Ils sont responsables de l'exercice des attributions conférées aux universités par leur loi habilitante ainsi que par d'autres lois touchant à leurs pouvoirs (par exemple, la *Loi sur les pouvoirs des universités en matière d'expropriation*, L.R.O. 1980, ch. 516).

Troisièmement, la branche législative du gouvernement, par la *Loi sur la procédure de révision judiciaire*, L.R.O. 1980, ch. 224, confère aux tribunaux le pouvoir de surveiller l'exercice par les universités de leurs attributions pour veiller à ce qu'elles respectent le principe de l'équité. Il existe donc un contrôle gouvernemental sur certains processus de l'université.

Enfin, j'estime que la province contrôle indirectement une partie importante des politiques universitaires. Par exemple, en ce qui concerne les programmes de premier cycle, l'université doit obtenir l'approbation préalable du Conseil ontarien des affaires universitaires («COAU»), un comité consultatif nommé par le lieutenant-gouverneur en conseil en application de la *Loi sur le ministère des Collèges et Universités*, L.R.O. 1980, ch. 272, pour tout nouveau programme qui ne relève pas des matières fondamentales en arts et en sciences. En outre, l'université doit remettre un rapport annuel au COAU concernant les program-

Graduate Studies ("OCGS"), a sub-committee of the Council of Ontario Universities ("COU"). If the program is approved by COU, COU recommends to OCUA that the program be funded. OCUA reviews the program in terms of academic considerations, societal need, student demand, economic constraints, and duplication of existing programs and makes its recommendations to the province which makes the final determination.

I believe also that government exercises a measure of control over the universities' degree granting power pursuant to the *Degree Granting Act, 1983*, S.O. 1983, c. 36. Under that Act, only approved universities are given the power to grant degrees.

It is true that government has no direct involvement in the policy of mandatory retirement instituted by the universities. As I have indicated, however, a specific connection between the impugned act and government need not necessarily be established. If the relationship between the universities and government is sufficiently close to warrant their being considered governmental for purposes of s. 32, I see no reason why their internal policies and practices should not have to conform to the dictates of the Constitution.

I accept the submission of the respondents that the principle of academic freedom accounts for the absence of governmental intervention in some types of decisions universities must make. In my opinion, however, this argument does not really advance the universities' case for exemption from *Charter* review. Rather, it supports the view expressed earlier that government must preserve an arm's length relationship with some types of bodies in order that they can perform their function in the best possible way. The essential function which the principle of academic freedom is intended to serve is the protection and encouragement of the free flow of ideas. Accordingly, gov-

mes réguliers. Quant aux programmes de deuxième cycle, ceux-ci doivent d'abord être approuvés par l'Ontario Council on Graduate Studies («OCGS»), un sous-comité du Conseil des universités de l'Ontario («CUO»). Si le CUO approuve le programme, il recommande au COAU que le programme soit subventionné. Le COAU examine le programme en fonction de facteurs académiques, des besoins de la société, de la demande des étudiants, des restrictions économiques et de l'existence d'autres programmes semblables et fait ses recommandations à la province qui prend la décision finale.

Je crois également que le gouvernement exerce un certain contrôle sur le pouvoir des universités d'accorder des diplômes en application de la *Loi de 1983 sur l'attribution de grades universitaires*, L.O. 1983, ch. 36. En vertu de cette loi, seules les universités agréées ont le pouvoir d'accorder des diplômes.

Il est vrai que le gouvernement n'est pas mêlé directement à la politique de mise à la retraite obligatoire établie par les universités. Comme je l'ai cependant indiqué, il n'est pas nécessaire d'établir un lien précis entre l'action contestée et le gouvernement. Si les rapports entre les universités et le gouvernement sont suffisamment étroits pour considérer celles-ci comme faisant partie du gouvernement aux fins de l'art. 32, je ne vois aucune raison pour laquelle leurs politiques et pratiques internes ne devraient pas se conformer aux préceptes de la Constitution.

J'accepte la prétention des intimés que le principe de la liberté académique justifie l'absence d'intervention gouvernementale dans certains types de décisions que doivent prendre les universités. Cependant, j'estime que cet argument ne favorise pas vraiment la thèse des universités en faveur de leur exemption d'un examen fondé sur la *Charte*. Il supporte plutôt l'opinion déjà exprimée que le gouvernement doit maintenir des rapports sans lien de dépendance avec certains types d'organismes pour permettre à ceux-ci d'exercer leurs fonctions de la meilleure façon possible. La fonction essentielle que vise à remplir le principe de la liberté académique est de protéger et d'encourager la

ernment interference in this realm is impermissible.

Quoting from the Bissell Report of The Commission on the Government of the University of Toronto (Toronto 1970), at p. 27:

By and large, devotion to his discipline in an atmosphere of freedom characterizes the academic. As long as his discipline is respected and allowed to develop according to its own requirements, and he is provided with books, libraries, laboratories and technical services in keeping with the university's resources, the academic is content to leave the overall administration of the university to others and to encumber himself with as little administrative responsibility in the faculty or department as is consistent with common decency.

Academic work and academic decisions - his teaching and research, curricular development in his department, appointments to staff, and so forth - are his primary concern, and he is convinced that academics *alone* are possessed of the expertise required to make such decisions. His dedication is to his discipline, and even when he engages in writing, research and consultancy outside the university, he usually sees such activities as contributing to his work in the discipline. [Emphasis added.]

Quoting also from an essay by Underhill "The Scholar: Man Thinking", in Whalley (ed.), *A Place of Liberty* (Toronto 1964), at p. 68:

The claim of the university teacher is that he and his fellows, whatever their legal position as employees, are in fact members of a professional community and should be considered to enjoy the rights of a learned profession. That is, they collectively should determine what shall be taught, how it shall be taught, who shall be qualified to do the teaching, and who shall be qualified to receive the teaching. In a word, they should be self-governing as are the members of other learned professions. Academic freedom is the collective freedom of a profession and the individual freedom of the members of that profession.

It should be noted that it is the universities themselves which confer academic freedom through their tenure arrangements for each faculty member. And this system is not without its critics.

libre circulation des idées. Par conséquent, l'ingérence du gouvernement dans ce domaine est inadmissible.

a Je cite un extrait du rapport Bissell, The Commission on the Government of the University of Toronto (Toronto 1970), à la p. 27:

[TRADUCTION] De façon générale, on reconnaît un enseignant par le dévouement à sa discipline dans une atmosphère de liberté. Tant que sa discipline est respectée et peut évoluer conformément à ses propres exigences, et que l'enseignant dispose des livres, bibliothèques, laboratoires et services techniques que permettent les ressources universitaires, il se contente de laisser à d'autres l'administration globale de l'université et n'assume à la faculté ou au département aussi peu de responsabilités administratives que l'exige la simple politesse.

d Le travail et les décisions dans son domaine — son enseignement et la recherche, la mise au point de nouveaux programmes dans son département, les nominations de personnel et ainsi de suite — sont d'importance primordiale pour lui et il est convaincu que *seuls* les professeurs possèdent l'expertise nécessaire pour prendre ces décisions. Il se consacre à sa discipline, et même lorsqu'il publie, fait des recherches et consulte à l'extérieur de l'université, il considère ces activités comme utiles à son travail dans le domaine. [En italique dans l'original.]

f Je cite également un extrait de l'essai de Underhill «The Scholar: Man Thinking», dans Whalley (éd.), *A Place of Liberty* (Toronto 1964), à la p. 68:

g [TRADUCTION] La revendication du professeur d'université est que lui-même et ses collègues, sans égard à leur statut juridique d'employés, sont dans les faits des membres d'un groupe professionnel et devraient pouvoir bénéficier des droits d'une profession libérale. C'est-à-dire qu'ils devraient décider collectivement ce qui sera enseigné et comment, ceux qui seront qualifiés pour enseigner et ceux qui seront qualifiés pour recevoir cet enseignement. Bref, ils devraient être autonomes comme le sont les membres d'autres professions libérales. La liberté académique est la liberté collective d'une profession et la liberté individuelle des membres de cette profession.

Il convient de souligner que ce sont les universités elles-mêmes qui reconnaissent la liberté académique de chacun de leurs membres par le système de la permanence. Et ce système n'est pas sans

Indeed, the Bissell Commission calls for a re-thinking of tenure as a means of protecting academic freedom, suggesting that it has more to do with job security than academic freedom (at pp. 53-54).

While I believe that the principle of academic freedom serves an absolutely vital role in the life of the university, I think its focus is quite narrow. It protects only against the censorship of ideas. It is not incompatible with administrative control being exercised by government in other areas. In this respect, it may be somewhat analogous to the principle of judicial independence in relation to the adjudicative function. I do not believe that the fact that the province has not exercised control over the retirement policies of the universities is decisive of their status although it is clearly relevant to it.

With regard to the general level of control exercised by government over the universities, I believe that the indicia of control which I have identified support the conclusion that the province exercises quite substantial, although in some areas indirect, control over these institutions. This is not, however, by itself enough to bring them within s. 32 of the *Charter*. We have to apply the other tests outlined above.

(b) The "Government Function" Test

In applying the "government function" test the general principle is that a function becomes governmental because a government has decided to perform it, not because the function is inherently governmental.

Education has occupied an important sphere of governmental activity in both pre- and post-Confederation Canada. For example, as early as 1766 the legislature of Nova Scotia enacted *An Act concerning Schools and Schoolmasters*, S.N.S. 1766, c. 7, which provided for the appointment of schoolmasters and the funding of local schools in the colony. Other colonies of British North America had similar legislation. For example, the Revised Acts and Ordinances of Lower-Canada 1845 contain four Acts relating to educa-

critique. En effet, la commission Bissell demande que l'on repense le système de la permanence comme moyen de protéger la liberté académique, laissant entendre qu'il se rapporte davantage à la sécurité d'emploi qu'à la liberté académique (aux pp. 53 et 54).

Bien que je reconnaisse que le principe de la liberté académique joue un rôle absolument vital dans la vie universitaire, je pense que son impact est passablement restreint. Il ne protège que contre la censure des idées. Il n'est pas incompatible avec le contrôle administratif exercé par le gouvernement dans d'autres domaines. À cet égard, il est en quelque sorte analogue au principe de l'indépendance judiciaire par rapport à la fonction décisionnelle. Je ne crois pas que l'absence de contrôle de la province sur les politiques de mise à la retraite des universités soit déterminante quant à leur statut, bien qu'elle soit nettement pertinente à ce propos.

En ce qui concerne le degré général de contrôle exercé par le gouvernement sur les universités, j'estime que les indices de contrôle que j'ai identifiés justifient la conclusion que la province exerce un contrôle très important, bien qu'indirect dans certains domaines, sur ces institutions. Cela n'est cependant pas suffisant en soi pour les faire relever de l'art. 32 de la *Charte*. Nous devons appliquer les autres critères déjà exposés.

b) Le critère de la «fonction gouvernementale»

Dans l'application du critère de la «fonction gouvernementale», le principe général est qu'une fonction devient gouvernementale parce que le gouvernement a décidé de l'exercer et non parce que la fonction est en soi gouvernementale.

L'éducation a joué un rôle important dans l'activité gouvernementale tant avant qu'après la Confédération. Par exemple, dès 1766, la législature de la Nouvelle-Écosse a adopté *An Act concerning Schools and Schoolmasters*, S.N.S. 1766, ch. 7, qui prévoyait la nomination des maîtres d'école et le financement des écoles locales dans la colonie. D'autres colonies de l'Amérique du Nord britannique avaient des lois semblables. Par exemple, les Actes et ordonnances révisés du Bas-Canada de 1845 contiennent quatre lois portant sur l'éduca-

tion and educational establishment: *An Act to facilitate the establishment and the endowment of Elementary Schools in the Parishes of this Province*, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 1; *An Act for the establishment of Free Schools and the advancement of Learning in this Province*, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 2; *An Act to provide for the establishment of Normal Schools*, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 3; and *An Act to incorporate the College of Chambly*, R.S.L.C. 1845, Class I, c. 4. See also Province of Canada Statutes, *An Act for the better establishment and maintenance of Public Schools in Upper Canada, and for repealing the present School Act*, S. Prov. C. 1849, c. 83; *An Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province [Common Schools Act]*, S. Prov. C. 1841, c. 18; *An Act to enable the Corporation of the Royal Institution for the Advancement of Learning, to dispose of certain portions of Land, for the better support of the University of McGill College*, S.L.C. 1844-45, c. 78; *An Act for the appropriation of the Revenues arising from the Jesuits' Estates, for the year one thousand eight hundred and forty-six*, S.L.C. 1846, c. 59; and *An Act to make better provision for promotion of superior Education and the establishment and support of Normal Schools in Lower Canada and for other purposes*, S.L.C. 1856, c. 54. And in Prince Edward Island an educational regime had been established under various Acts such as *An Act for the encouragement of education*, S.P.E.I. 1852, c. 13, and *An Act to consolidate and amend the several laws relating to education*, S.P.E.I. 1861, c. 36. All these educational activities have been continued and expanded by the various levels of government down to the present day.

In 1867 the Fathers of Confederation recognized the role that provincial governments had come to play in the area of education. Section 93 of the *Constitution Act, 1867* gives exclusive jurisdiction over education to the provinces, limiting that jurisdiction only to the extent necessary to protect denominational schools and religious minorities.

tion et les établissements d'enseignement: *Acte pour faciliter l'Établissement et la Dotation d'Écoles Élémentaires dans les Paroisses de cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 1, *Acte pour l'Établissement d'Écoles Gratuites, et l'Avancement des Sciences dans cette Province*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 2, *Acte pour pourvoir à l'établissement d'Écoles Normales*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 3, *Acte pour incorporer le Collège de Chambly*, S.R.B.-C. 1845, Classe I, ch. 4. Voir également les Statuts provinciaux du Canada, *Acte pour mieux établir et maintenir les Écoles Publiques dans le Haut-Canada, et révoquer l'acte des écoles actuel*, S. Prov. C. 1849, ch. 83; *An Act to repeal certain Acts therein mentioned, and to make further provision for the establishment and maintenance of Common Schools throughout the Province [Common Schools Act]*, S. Prov. C. 1841, ch. 18, *An Act to enable the Corporation of the Royal Institution for the Advancement of Learning, to dispose of certain portions of Land, for the better support of the University of McGill College*, S.L.C. 1844-45, ch. 78, *Acte pour approprier les revenus provenant des Biens des Jésuites pour l'année mil-huit-cent quarante-six*, S.B.-C. 1846, ch. 59, *Acte pour faire de meilleures dispositions pour l'avancement de l'Éducation Supérieure, et pourvoir à l'établissement et au soutien d'Écoles Normales dans le Bas Canada, et pour d'autres fins*, S.B.-C. 1856, ch. 54. Et à l'Île-du-Prince-Édouard, on avait établi un régime d'éducation en vertu de diverses lois comme *An Act for the encouragement of education*, S.P.E.I. 1852, ch. 13, et *An Act to consolidate and amend the several laws relating to education*, S.P.E.I. 1861, ch. 36. Les différents paliers de gouvernement ont poursuivi et étendu jusqu'à maintenant ces activités en matière d'éducation.

En 1867, les Pères de la Confédération ont reconnu le rôle que les gouvernements provinciaux en étaient venus à jouer dans le domaine de l'éducation. L'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces la compétence exclusive en matière d'éducation et ne la restreint que dans les limites nécessaires à la protection des écoles confessionnelles et des minorités religieuses.

Provincial government activity in the education field subsequent to 1867 may be characterized as all-inclusive. For example, in 1871 the Ontario legislature passed *An Act to Improve the Common and Grammar Schools of the Province of Ontario*, S.O. 1871, c. 33, which reorganized the lower school system in the province creating a public system of free schools. In 1874 the legislature again acted to reform the public education department, together with the lower schools, collegiate institutes and high schools of the province, and to amend and consolidate the *Consolidated Public School Act of 1874*, S.O. 1874, cc. 27 and 28 respectively. Finally the Revised Statutes of Ontario for 1877 contains a consolidation of the various educational statutes in force at the time. They provide for, *inter alia*, a Department of Education (c. 203), a complete regime of public (grade) schools and high schools (cc. 204 and 205), as well as the University of Toronto (cc. 209 and 210), a school of Practical Science (c. 212), and Industrial Schools (c. 213). This governmental activity is also mirrored in other provinces and territories: see Prince Edward Island, *The Public Schools' Act, 1877*, S.P.E.I. 1877, c. 1; Nova Scotia, *Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1873, c. 32; Quebec, *Public Instruction*, R.S.Q. 1888, Title V, arts. 1860-2288; New Brunswick, *Schools Act*, C.S.N.B. 1877, c. 65; Manitoba, *The Manitoba School Act*, C.S.M. 1880, c. 62; British Columbia, *Consolidated Public School Act, 1876*, S.B.C. 1876, c. 142, and the North-West Territories, *The School Ordinance*, C.O.N.W.T. 1898, c. 75.

A brief review of the legislation in place both before and after Confederation leads to the inescapable conclusion that education at every level has been a traditional function of governments in Canada.

(c) Statutory Authority and the Public Interest Test

It has already been established that the universities are broadly empowered to conduct their affairs through their enabling statutes. Moreover,

Après 1867, l'activité du gouvernement provincial en matière d'éducation peut être qualifiée de globale. Par exemple, en 1871, la législature de l'Ontario a adopté *An Act to Improve the Common and Grammar Schools of the Province of Ontario*, S.O. 1871, ch. 33, pour réorganiser le système d'écoles primaires dans la province en créant un système public d'écoles gratuites. En 1874, la législature est intervenue encore pour réformer le ministère de l'Éducation publique ainsi que les écoles primaires, les collèges et les écoles secondaires de la province, et pour modifier et refondre la *Consolidated Public School Act of 1874*, S.O. 1874, ch. 27 et 28 respectivement. Enfin, les lois révisées de l'Ontario de 1877 comportent une refonte des diverses lois relatives à l'éducation qui étaient en vigueur à l'époque. Elles prévoient notamment un ministère de l'Éducation (ch. 203), un régime complet d'écoles (primaires) et d'écoles secondaires publiques (ch. 204 et 205), ainsi que l'Université de Toronto (ch. 209 et 210), une école de sciences appliquées (ch. 212) et des écoles techniques (ch. 213). Cette activité gouvernementale se retrouve également dans d'autres provinces et territoires: voir l'Île-du-Prince-Édouard, *The Public Schools' Act, 1877*, S.P.E.I. 1877, ch. 1; la Nouvelle-Écosse, *Of Public Instruction*, R.S.N.S. 1873, ch. 32; Québec, *De l'instruction publique*, S.R.Q. 1888, titre V, art. 1860 à 2288; le Nouveau-Brunswick, *Schools Act*, C.S.N.B. 1877, ch. 65; le Manitoba, *The Manitoba School Act*, C.S.M. 1880, ch. 62; la Colombie-Britannique, *Consolidated Public School Act, 1876*, S.B.C. 1876, ch. 142, et les territoires du Nord-Ouest, *The School Ordinance*, C.O.N.W.T. 1898, ch. 75.

Un bref examen des lois en vigueur tant avant qu'après la Confédération nous amène à la conclusion inéluctable qu'à tous les niveaux l'éducation a traditionnellement été une fonction des gouvernements au Canada.

(c) Le pouvoir conféré par la loi et le critère de l'intérêt public

On a déjà reconnu que les universités ont le pouvoir général de régir leurs affaires en vertu de leurs lois habilitantes. En outre, l'attribution d'un

the grant of statutory authority clearly encompasses the power to enter into employment contracts and collective agreements with faculty and staff.

pouvoir légal comprend clairement le pouvoir de conclure des contrats de travail et des conventions collectives avec les professeurs et les employés.

a

It is beyond dispute that the universities perform an important public function which government has decided to have performed and, indeed, regards it as its responsibility to have performed. Counsel for the respondents conceded as much at trial. Moreover, justification for state activity in this area is not hard to find. The state's interest in education in today's society does not and cannot stop at the point of ensuring basic literacy. The promotion of higher learning and the provision of access to opportunities for study at this level is clearly in the public interest. The state readily acknowledges the important role universities play not only in the education of our young people but also more generally in the advancement and free exchange of ideas in our society. On a more practical level, the province recognizes that prospects for economic growth are linked to the development and maintenance of a critical mass of scholars and researchers and, more basically, an educated community. For this reason also the province has a vital interest in a first class, comprehensive system of education.

b

c

d

e

f

Personne ne conteste que les universités exercent une fonction publique importante que le gouvernement voulait voir exercer et dont il considère d'ailleurs qu'il a la responsabilité de veiller à ce qu'elle soit exercée. L'avocat des intimés a reconnu cela en première instance. De plus, il n'est pas difficile de justifier l'activité de l'État dans ce domaine. L'intérêt de l'État en matière d'éducation dans notre société moderne ne se limite pas et ne peut se limiter à l'alphabétisation de base. Le fait de promouvoir la poursuite d'études supérieures et d'en permettre l'accès relève volontiers de l'intérêt public. L'État reconnaît volontiers le rôle important que les universités jouent non seulement dans l'éducation des jeunes mais aussi plus généralement dans la promotion et la libre circulation des idées dans notre société. Sur un plan plus pratique, la province reconnaît que les perspectives de croissance économique sont liées à la formation et au maintien d'une masse critique de professeurs et de chercheurs et, de manière plus fondamentale, d'une collectivité instruite. C'est également pour cette raison que la province a un intérêt vital à posséder un système d'éducation complet de première classe.

g

As in the case of the control test, I might not be prepared to conclude that satisfaction of the third test was enough by itself to bring the respondents within s. 32 of the *Charter*. However, the fact that the universities are so heavily funded, the fact that government regulation seems to have gone hand in hand with funding, together with the fact that the governments are discharging through the universities a traditional government function pursuant to statutory authority leads me to conclude that the universities form part of "government" for purposes of s. 32. Their policies of mandatory retirement are therefore subject to scrutiny under s. 15 of the *Charter*.

h

i

j

Comme dans le cas du critère du contrôle, je ne suis peut-être pas prête à conclure que le respect de ce troisième critère est suffisant en soi pour faire relever les intimés de l'art. 32 de la *Charte*. Cependant, le fait que les universités soient subventionnées de façon si importante, le fait que la réglementation gouvernementale semble aller de pair avec le financement, ainsi que le fait que les universités exercent une fonction traditionnelle du gouvernement conformément au pouvoir conféré par la loi m'amènent à conclure que les universités font partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32. Leurs politiques de mise à la retraite obligatoire sont donc sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

II. Does the Universities' Mandatory Retirement Policy Infringe Section 15 of the Charter?

1. The Meaning of "Law" in Section 15

Having found that the *Charter* applies to universities in Ontario, it must next be determined whether the policy of mandating retirement at the age of 65 infringes s. 15(1) of the *Charter*. Section 15(1) provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. discussed the meaning of the word "law" in s. 15 as follows at pp. 163-164:

This is not a general guarantee of equality; it does not provide for equality between individuals or groups within society in a general or abstract sense, nor does it impose on individuals or groups an obligation to accord equal treatment to others. It is concerned with the application of the law. No problem regarding the scope of the word "law", as employed in s. 15(1), can arise in this case because it is an Act of the Legislature which is under attack. Whether other governmental or quasi-governmental regulations, rules, or requirements may be termed laws under s. 15(1) should be left for cases in which the issue arises.

Because of its obvious application to statute law McIntyre J. did not have to consider how much further the word "law" in s. 15 might extend. This, however, has a direct bearing on the reach of s. 15.

A number of lower courts have attempted to grapple with this issue. In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal noted that the word "law" appears not only in s. 15 but also in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Relying upon a rule of statutory construction which provides that when a term appears more than once in the same piece of legislation it should be given the same meaning, the court turned to the jurisprudence of this Court dealing

II. La politique de retraite obligatoire des universités contrevient-elle à l'art. 15 de la Charte?

1. Le sens du terme «loi» à l'art. 15

^a Ayant conclu que la *Charte* s'applique aux universités en Ontario, il faut ensuite déterminer si la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Le paragraphe 15(1) prévoit:

^b 15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre ^d traite du sens du terme «loi» utilisé à l'art. 15 de la façon suivante, aux pp. 163 et 164:

Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité; la disposition ne prescrit pas l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société dans un sens général ou abstrait, pas plus qu'elle n'impose à ceux-ci l'obligation de traiter les autres également. Elle porte sur l'application de la loi. La portée du terme «loi» utilisé au par. 15(1) ne saurait soulever aucun problème en l'espèce puisque ^e c'est une loi de la législature qui est attaquée. La question de savoir si d'autres exigences, règles et règlements gouvernementaux ou quasi gouvernementaux peuvent être qualifiés de lois au sens du par. 15(1), devrait être débattue dans les affaires où elle sera soulevée.

^f Parce qu'il est évident qu'il s'applique à une disposition législative, le juge McIntyre n'était pas obligé d'examiner toute la portée du terme «loi» à l'art. 15. Cela a cependant une incidence directe sur la portée de l'art. 15.

^g Un certain nombre de tribunaux d'instance inférieure ont tenté de s'attaquer à la question. Dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a souligné que le terme «*law*» figure non seulement à l'art. 15 («loi»), mais également à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* («règle de droit»). S'appuyant sur une règle d'interprétation législative qui prévoit que, lorsqu'un terme figure ^h plus d'une fois dans la même loi, il devrait avoir le

with "law" in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. The Court of Appeal offered the following definition at pp. 726-27: "a rule or a system of rules formulated by government and imposed upon the whole or a segment of society. In this context, law may be made by government itself or by bodies or agencies exercising governmental power."

At issue in *Douglas College* was a provision in a collective agreement mandating retirement at age 65. The court noted that in general the provisions in a collective agreement would not be considered "law" since they reflect the will of the parties and not the government. The same could not be said of the agreement before the court, however, since all its terms were subject to the approval of a commissioner appointed by the government with the power to review and reject all compensation practices. Similarly in *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, the same panel of the court (Hinkson, Macfarlane and McLachlin (now of this Court) J.J.A.) found on the strength of *Douglas College* that a regulation passed by the hospital's management board terminating the hospital privileges of doctors over the age of 65 was also "law". As in *Douglas College* the regulation did not become effective until approved by the Minister.

By way of contrast, in *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545, the Divisional Court of Ontario divided on the issue of whether a policy formulated by the school board mandating retirement at age 65 could be considered "law" for the purposes of s. 15. Craig J. in dissent expressed the opinion, at p. 550, that "the policy is intended to be binding upon the teachers and is "law" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*." The majority (Anderson and McKinlay J.J.) felt otherwise, noting at p. 565, that "law" meant "law in the sense of a rule of conduct made binding upon a subject by the

même sens, la cour s'est servie de la jurisprudence de notre Cour portant sur le terme «règle de droit» à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La Cour d'appel a présenté la définition suivante aux pp. 726 et 727: [TRADUCTION] «une règle ou un système de règles formulées par le gouvernement et imposées à l'ensemble ou à une partie de la société. Dans ce contexte, la loi peut-être formulée par le gouvernement lui-même ou par des organismes ou mandataires exerçant un pouvoir gouvernemental.»

L'affaire *Douglas College* portait sur une disposition d'une convention collective qui fixait à 65 ans la retraite obligatoire. La cour a souligné qu'en général les dispositions d'une convention collective ne seraient pas considérées comme une «loi» puisqu'elles traduisent la volonté des parties et non celle du gouvernement. On ne pouvait cependant pas en dire autant de la convention en cause puisque toutes ses clauses sont assujetties à l'approbation d'un commissaire, nommé par le gouvernement, qui a le pouvoir de réviser et de rejeter toutes les pratiques d'indemnisation. De même, dans l'arrêt *Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, la même formation (les juges Hinkson, Macfarlane et McLachlin maintenant de notre Cour) a conclu, en s'appuyant sur l'arrêt *Douglas College*, qu'un règlement adopté par le conseil d'administration de l'hôpital mettant fin aux privilèges hospitaliers des médecins âgés de plus de 65 ans constituait également une «loi». Comme dans l'arrêt *Douglas College*, le règlement n'entrait en vigueur qu'après avoir reçu l'approbation du Ministre.

Par opposition, dans *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545, la Cour divisionnaire de l'Ontario était partagée sur la question de savoir si une politique formulée par le conseil scolaire, qui imposait la retraite à 65 ans, pouvait être considérée comme une «loi» aux fins de l'art. 15. Le juge Craig, dissident, a exprimé l'avis, à la p. 550, que [TRADUCTION] «la politique vise à lier les enseignants et elle constitue une «loi» au sens du par. 15(1) de la *Charte*, et une règle de droit au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*». Les juges formant la majorité (les juges Anderson et McKinlay) ont émis une opinion différente, souli-

State.” In their view, the policy of the board and its resolution to apply it did not constitute law in this sense.

Despite the differences between *Douglas College* and *Vancouver General Hospital* on the one hand, and *Essex County* on the other, these decisions all accept as a fundamental premise that the word “law” in s. 15 embraces the notion of some discrete, explicit and identifiable rule. My colleague La Forest J. also seems to accept this approach to the role the word “law” is intended to play in the operation of the equality guarantee although he would give it a liberal interpretation.

I do not regard it as self-evident that the term “law” in s. 15 was intended to play a limiting role. I would agree with La Forest J. that if you have to find a “law” under s. 15 before the section is triggered, then “law” should be given a very liberal interpretation and should not be confined to legislative activity. It should also cover policies and practices even if adopted consensually. Indeed, it would be my view that the guarantee of equality applies irrespective of the particular form the discrimination takes.

As La Forest J. noted in *Andrews, supra*, at p. 193:

I am not prepared to accept at this point that the only significance to be attached to the opening words that refer more generally to equality is that the protection afforded by the section is restricted to discrimination through the application of law. It is possible to read s. 15 in this way and I have no doubt that on any view redress against that kind of discrimination will constitute the bulk of the courts’ work under the provision. Moreover, from the manner in which it was drafted, I also have no doubt that it was so intended. However, it can reasonably be argued that the opening words, which take up half the section, seem somewhat excessive to accomplish the modest role attributed to them, particularly having regard to the fact that s. 32 already limits the application of the *Charter* to legislation and governmental activity. It may also be thought to be out of keeping with the broad and generous approach given to

gnant, à la p. 565 que le terme «loi» signifiait [TRADUCTION] «une loi au sens d’une règle de conduite que l’État impose à un citoyen». À leur avis, la politique du conseil et sa résolution visant à l’appliquer ne constituaient pas une loi dans ce sens.

Malgré les différences entre les arrêts *Douglas College* et *Vancouver General Hospital* d’une part, et *Essex County* d’autre part, ces décisions reconnaissent toutes comme principe fondamental que le terme «loi» à l’art. 15 comprend la notion d’une règle distincte, explicite et identifiable. Mon collègue le juge La Forest semble également accepter cette interprétation du rôle que vise à jouer le terme «loi» dans l’application de la garantie d’égalité même s’il lui donnerait une interprétation libérale.

Je ne crois pas qu’il soit clair en soi que le terme «loi» à l’art. 15 devait jouer un rôle restrictif. Je partage l’avis du juge La Forest que s’il faut conclure à l’existence d’une «loi» en vertu de l’art. 15 avant d’appliquer la disposition, il faudrait alors donner au terme «loi» une interprétation très libérale qui ne soit pas restreinte à l’activité législative. Il devrait également comprendre les politiques et pratiques même si celles-ci sont adoptées de consentement. En réalité, je serais d’avis que la garantie d’égalité s’applique sans égard à la forme particulière de discrimination.

Comme le juge La Forest l’a souligné dans l’arrêt *Andrews*, précité, à la p. 193:

Je ne suis pas disposé à accepter, pour l’instant, que la seule signification qu’il faut prêter aux termes préliminaires qui se rapportent plus généralement à l’égalité, c’est que la protection accordée par l’article est restreinte à la discrimination qui résulte de l’application de la loi. Il est possible d’interpréter l’art. 15 de cette façon et je suis certain que, de toute manière, le redressement contre ce genre de discrimination constituera la majeure partie du travail que les tribunaux seront appelés à effectuer sous le régime de cette disposition. De plus, je suis également certain, compte tenu de la façon dont l’article a été rédigé, que c’est ce qu’on a voulu. Cependant, on peut raisonnablement prétendre que les termes préliminaires, qui représentent la moitié de l’article, semblent quelque peu démesurés pour accomplir le modeste rôle qui leur est attribué, surtout si l’on tient compte du fait que l’art. 32 limite déjà l’application de

other *Charter* rights, not the least of which is s. 7, which like s. 15 is of a generalized character.

See also Eberts, "Sex-based Discrimination and the Charter," in Bayefsky and Eberts (eds.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto 1985), at pp. 206-07.

I believe, however, that on a purposive interpretation of s. 15 the guarantee of equality before and under the law and equal protection and benefit of the law also constitutes a directive to the courts to see that discrimination engaged in by anyone to whom the *Charter* applies is redressed whether it takes the form of legislative activity, common law principles or simply conduct. In other words, s. 15 is, in effect, declaratory of the rights of all to equality under the justice system so that, if an individual's guarantee of equality is not respected by those to whom the *Charter* applies, the courts must redress that inequality. I say "by those to whom the *Charter* applies" because of this Court's conclusion in *Dolphin Delivery* that it does not apply to private action absent a government connection.

However, accepting that limitation, this approach to s. 15 seems to me to be completely consistent with the finding that s. 32 of the *Charter* makes acts of the executive or administrative branch of government subject to *Charter* scrutiny. I see no sound reason why government conduct which violates an individual's equality rights under s. 15 is not subject to redress by the courts in order to restore that individual's declared right to equality under the law. Section 15, on this interpretation, does not require a search for a "law" which discriminates but merely a search for discrimination which must be redressed by the law.

Section 24 of the *Charter* confers a broad discretion on the courts to redress *Charter* violations. It reads:

la *Charte* aux lois et aux activités gouvernementales. Il est également permis de croire qu'ils ne s'accordent pas avec l'interprétation large et libérale donnée aux autres droits de la *Charte*, notamment à l'art. 7 qui, à l'instar de l'art. 15, est de nature générale.

Voir également Eberts, «Sex-based Discrimination and the Charter», dans Bayefsky et Eberts (éd.), *Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Toronto 1985), aux pp. 206 et 207.

J'estime cependant que, selon une interprétation de l'art. 15 fondée sur son objet, la garantie d'égalité devant et selon la loi ainsi que celle de la même protection et du même bénéfice de la loi constituent également une directive pour les tribunaux de veiller à ce que la discrimination pratiquée par toute personne visée par l'application de la *Charte* soit corrigée, qu'elle prenne la forme d'une activité législative, d'un principe de common law ou d'une simple conduite. En d'autres termes, l'art. 15 est dans les faits déclaratoire des droits de tous à l'égalité dans le système judiciaire de sorte que si la garantie d'égalité d'un individu n'est pas respectée par ceux à qui la *Charte* s'applique, les tribunaux doivent remédier à cette inégalité. Je dis «ceux à qui la *Charte* s'applique» en raison de la conclusion de notre Cour dans l'arrêt *Dolphin Delivery* qu'elle ne s'applique pas aux actions privées en l'absence d'un lien gouvernemental.

Acceptant cette restriction, il me semble cependant que cette interprétation de l'art. 15 est tout à fait conforme à la conclusion que l'art. 32 de la *Charte* assujettit les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement à un examen fondé sur la *Charte*. Je ne vois aucune raison valable pour laquelle la conduite du gouvernement qui viole les droits à l'égalité d'une personne reconnus à l'art. 15 ne devrait pas faire l'objet d'un redressement par les tribunaux afin de rétablir les droits de cette personne à l'égalité dans la loi. Selon cette interprétation, l'art. 15 n'exige pas de chercher une «loi» discriminatoire mais simplement de chercher une discrimination qui doit être corrigée par la loi.

L'article 24 de la *Charte* confère un large pouvoir discrétionnaire aux tribunaux pour ce qui est de réparer les violations de la *Charte*. Il se lit ainsi:

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

This section may be contrasted with s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Section 1 requires limits on *Charter* rights to be "prescribed by law", and if so prescribed, to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. Section 52 provides that the Constitution is the supreme law of Canada and that any law which is inconsistent with it is of no force or effect. These provisions operate to allow the courts to strike down existing laws which derogate from the values enshrined in the Constitution. Section 24 of the *Charter*, on the other hand, seems to have been included so as to give the courts jurisdiction to design appropriate remedies for violations which do not necessarily have their origin in law as such. It thus provides a means whereby the courts can remedy infringements arising from conduct.

I believe also that the wording of s. 15(2) supports the view that s. 15(1) was not meant to be restricted to "law" even broadly construed. Section 15(2) provides:

15. ...

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

"Activity" cannot, in my view, be read narrowly in order to be equated with "law". Subsection (2) must be read together with subs. (1). It would not have been necessary to exempt programs and activities from the ambit of subs. (1) if they were not included in subs. (1) in the first place. I believe that the inclusion of these words in subs. (2) provides strong support for the proposition that s. 15(1) was not intended to apply only in the narrow

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

Cet article peut être comparé avec l'article premier de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. L'article premier exige que les restrictions apportées aux droits reconnus par la *Charte* soient prescrites «par une règle de droit» et, le cas échéant, qu'il s'agisse de limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article 52 prévoit que la Constitution est la loi suprême du Canada et que toute règle de droit incompatible avec celle-ci est inopérante. Ces dispositions permettent aux tribunaux d'annuler les lois en vigueur qui dérogent aux valeurs consacrées dans la Constitution. Par ailleurs, l'art. 24 de la *Charte* semble avoir été inclus pour permettre aux tribunaux de déterminer les réparations appropriées à la suite de violations qui n'ont pas nécessairement leur origine dans une loi comme telle. Il fournit donc un moyen par lequel les tribunaux peuvent réparer les violations qui découlent d'une conduite.

J'estime également que la formulation du par. 15(2) étaye l'opinion que le par. 15(1) ne devait pas être restreint à une «loi» même au sens large. Le paragraphe 15(2) prévoyait:

15. ...

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Le terme «activités» ne peut, à mon avis, être interprété de façon restrictive pour équivaloir à une «loi». Le paragraphe (2) doit être lu conjointement avec le par. (1). Il n'aurait pas été nécessaire de soustraire les programmes et les activités à la portée du par. (1) s'ils n'avaient pas d'abord été inclus au par. (1). J'estime que l'inclusion de ces mots au par. (2) étaye solidement l'affirmation que le par. 15(1) ne visait pas à s'appliquer seule-

context of discriminatory legislation or "rules" analogous thereto.

Finally, and perhaps most importantly, this broad interpretation of s. 15 best achieves the purpose of the section, namely to protect against the evil of discrimination by the state whatever form it takes. This Court has said on many occasions that the proper approach to *Charter* interpretation is a purposive one: see *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. Moreover, in interpreting "law" in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, the decisions of this Court demonstrate that "law" may not have the same meaning throughout the constitution. For instance, in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, *supra*, Dickson J. said of s. 52 at p. 459:

I would like to note that nothing in these reasons should be taken as the adoption of the view that the reference to "laws" in s. 52 of the *Charter* [*sic*] is confined to statutes, regulations and the common law. It may well be that if the supremacy of the Constitution expressed in s. 52 is to be meaningful, then all acts taken pursuant to powers granted by law will fall within s. 52.

Contrariwise, in interpreting s. 1, Lamer J. said in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 623:

As set out in the reasons of Estey J., the violation of the respondent's rights is not the result of the operation of law but of the police action and there is no need, in my view, to consider in this case whether under s. 1 of the *Charter* the "breathalyzer scheme" set up through s. 235(1) and s. 237 of the *Criminal Code* is a reasonable limit to one's rights under the *Charter*.

Le Dain J., dissenting on other grounds, agreed saying at p. 645:

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit

ment au contexte restreint de la législation discriminatoire ou des «règles» qui y sont analogues.

Enfin, et peut-être de façon plus importante, cette interprétation large de l'art. 15 répond le mieux à l'objet de la disposition, c'est-à-dire assurer une protection contre le fléau de la discrimination pratiquée par l'État, peu importe la forme qu'elle revêt. Notre Cour a répété à maintes reprises que l'interprétation fondée sur l'objet visé était la meilleure façon d'interpréter la *Charte*: voir l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. En outre, dans l'interprétation qu'ils donnent à l'expression «règle de droit» à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les arrêts de notre Cour font voir que cette expression peut ne pas avoir le même sens dans toute la Constitution. Par exemple, dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, précité, le juge Dickson affirme au sujet de l'art. 52, à la p. 459:

Je tiens à souligner que rien dans les présents motifs ne saurait être interprété comme l'adoption de l'opinion selon laquelle la référence faite à la «règle de droit» à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* doit être confinée aux lois, aux règlements et à la *common law*. Il se peut fort bien que, si la suprématie de la Constitution, énoncée à l'art. 52, doit avoir un sens, tous les actes effectués selon des pouvoirs découlant d'une règle de droit relèveront de l'art. 52.

Par contre, en interprétant l'article premier, le juge Lamer affirme dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 623:

Comme l'expose le juge Estey dans ses motifs, la violation des droits de l'intimé ne découle pas ici de l'application de la loi mais résulte des actes des policiers et il n'est pas nécessaire, à mon avis, d'examiner en l'espèce si, en vertu de l'art. 1 de la *Charte*, le «système d'alcootest» établi par le par. 235(1) et l'art. 237 du *Code criminel* restreint les droits garantis par la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables.

Le juge Le Dain, dissident pour d'autres motifs, est d'accord pour dire, à la p. 645:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses

may also result from the application of a common law rule. [Emphasis added.]

These two definitions of “law” are obviously quite different. Their difference springs from the fact that s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* serve two very different purposes. Section 52 is animated by the doctrine of constitutional supremacy. As such, a wide view of “law” under that provision is mandated so that all exercises of state power, whether legislative or administrative, are caught by the *Charter*. Section 1, on the other hand, serves the purpose of permitting limits to be imposed on constitutional rights when the demands of a free and democratic society require them. These limits must, however, be expressed through the rule of law. The definition of law for such purposes must necessarily be narrow. Only those limits on guaranteed rights which have survived the rigours of the law-making process are effective. Just as the meaning of “law” in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, depends on the purpose those sections were meant to achieve, so also does the meaning of “law” in s. 15(1).

In *Andrews* it was acknowledged that the key to s. 15 is the word “discrimination”. At page 172 of his reasons McIntyre J. said:

The right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law contained in s. 15, are granted with the direction contained in s. 15 itself that they be without discrimination. Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality, and discrimination reinforced by law is particularly repugnant. The worst oppression will result from discriminatory measures having the force of law. It is against this evil that s. 15 provides a guarantee.

In *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983* (Nfld.), [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *Rudolf Wolff & Co. v. Canada*, [1990] 1 S.C.R. 695, and *R. v. S. (S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, this Court repeatedly affirmed that in order to establish a violation of s. 15(1) there must be evidence of discrimination in

conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*. [Je souligne.]

Ces deux définitions de la «règle de droit» sont évidemment très différentes. Leur différence découle du fait que l'article premier de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent deux objets très différents. L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. À ce titre, une interprétation large de la «règle de droit», dont il est question dans cette disposition, est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la *Charte*. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. À cette fin, la définition de l'expression «règle de droit» doit nécessairement être restreinte. Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables. Comme le sens de l'expression «règle de droit» à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dépend de l'objet visé par ces dispositions, il en est de même du sens du terme «loi» au par. 15(1).

Dans l'arrêt *Andrews*, on a reconnu que l'élément clé de l'art. 15 est le terme «discrimination». Dans ses motifs, le juge McIntyre affirme, à la p. 172:

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15.

Dans le *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983* (T.-N.), [1989] 1 R.C.S. 922, et les arrêts *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, *Rudolf Wolff & Co. c. Canada*, [1990] 1 R.C.S. 695, et *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, notre Cour a continué d'affirmer que, pour établir l'existence d'une violation du par. 15(1), il doit y avoir preuve de discrimi-

stereotype and prejudice. For example, quoting from *Turpin* at p. 1333:

Differentiating for mode of trial purposes between those accused of s. 427 offences in Alberta and those accused of the same offences elsewhere in Canada would not, in my view, advance the purposes of s. 15 in remedying or preventing discrimination against groups suffering social, political and legal disadvantage in our society. A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case

It is, I think, now clearly established that what lies at the heart of s. 15(1) is the promise of equality in the sense of freedom from the burdens of stereotype and prejudice in all their subtle and ugly manifestations. However, the nature of discrimination is such that attitudes rather than laws or rules may be the source of the discrimination. In *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, this Court quoted from Judge Abella's report *Equality in Employment* regarding the phenomenon of "systemic discrimination". At page 9 of that report, Judge Abella explains:

The impact of behaviour is the essence of "systemic discrimination". It suggests that the inexorable, cumulative effect on individuals or groups of behaviour that has an arbitrarily negative impact on them is more significant than whether the behaviour flows from insensitivity or intentional discrimination

Systemic discrimination requires systemic remedies. Rather than approaching discrimination from the perspective of the single perpetrator and the single victim, the systemic approach acknowledges that by and large the systems and practices we customarily and often unwittingly adopt may have an unjustifiably negative effect on certain groups in society. The effect of the system on the individual or group, rather than its attitudinal sources, governs whether or not a remedy is justified. [Emphasis added.]

Given that discrimination is frequently perpetuated, unwittingly or not, through rather informal

mination au sens d'un stéréotype et d'un préjugé. Citons, par exemple, le passage suivant tiré de la p. 1333 de l'arrêt *Turpin*:

Établir une distinction, pour les fins du mode de procès, entre les personnes accusées en Alberta d'infractions énumérées à l'art. 427 et celles qui sont accusées des mêmes infractions ailleurs au Canada ne favoriserait pas, à mon avis, les objets de l'art. 15 en remédiant à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées sur les plans social, politique ou juridique dans notre société ou en les protégeant contre toute forme de discrimination. Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel[s] que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce . . .

Je pense qu'il est maintenant clairement établi qu'au cœur du par. 15(1) se trouve la promesse d'une égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugnantes. Cependant, la nature de la discrimination est telle que des attitudes plutôt que des lois ou des règles peuvent être à l'origine de la discrimination. Dans l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, notre Cour a cité un extrait du *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* rédigé par le juge Abella, concernant le phénomène de la «discrimination systémique». Aux pages 9 et 10 de ce rapport, le juge Abella explique:

Ce sont les conséquences qui constituent l'essentiel de la «discrimination systémique». Cette dernière suggère qu'il est plus important de se pencher sur l'incidence inexorable de la discrimination sur les particuliers ou les groupes que de chercher à savoir s'il s'agit de discrimination insouciance ou intentionnelle . . .

La discrimination systémique rend nécessaire l'adoption de mesures systémiques. Plutôt que de voir en la discrimination une seule victime et un seul coupable, l'explication systémique reconnaît qu'en gros ce sont les systèmes et les pratiques que nous avons adoptés, parfois à notre insu, qui préjudicient à certains groupes de la société. Ce sont les répercussions du système, plutôt que les attitudes qui sont à la source, qui justifient l'adoption de mesures correctives. [Je souligne.]

Étant donné que la discrimination se manifeste souvent, inconsciemment ou non, par des pratiques

practices, it would be altogether inconceivable that they should be treated as insufficient to trigger the application of s. 15.

For the reasons given above I believe that the arguments in support of a liberal interpretation of s. 15 are compelling. It is not strictly necessary, however, for the Court to come to a definitive conclusion on this aspect of s. 15 in this case for two reasons. First, even if the most restrictive interpretation of "law" is adopted, the universities' enabling statutes all contain provisions conferring power on the respondents to terminate their contracts of employment with the appellants as they see fit. For example, *The York University Act, 1965*, S.O. 1965, c. 143, provides:

10. Except as to such matters by this Act specifically assigned to the Senate, the government, conduct, management and control of the University and of its property, revenues, expenditures, business and affairs are vested in the Board, and the Board has all powers necessary or convenient to perform its duties and achieve the objects and purposes of the University, including, without limiting the generality of the foregoing, power,

...
 (c) to appoint, promote and remove all members of the teaching and administrative staffs of the University and all such other officers and employees as the Board may deem necessary or advisable for the purposes of the University, but no member of the teaching or administrative staffs, except the President, shall be appointed, promoted or removed except on the recommendation of the President, who shall be governed by the terms of the University's commitments and practices;

(d) to fix the number, duties, salaries and other emoluments of officers, agents and employees of the University;

See similarly: *The University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, c. 56, s. 2(14)(b) and (c); *The University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, c. 120, s. 11(b) and (c); and *The Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, c. 151, s. 13(1)(b) and (c). It was pursuant to these legislative provisions that the discrimination complained of took place.

plutôt informelles, il serait tout à fait inconcevable que celles-ci soient jugées insuffisantes pour déclencher l'application de l'art. 15.

a Pour les motifs qui précèdent, j'estime que les arguments à l'appui d'une interprétation libérale de l'art. 15 sont convaincants. Il n'est cependant pas absolument nécessaire que notre Cour parvienne en l'espèce à une conclusion définitive sur cet aspect de l'art. 15, et ce, pour deux raisons. b Premièrement, même si l'on retenait l'interprétation la plus restrictive du terme «loi», les lois habilitantes des universités contiennent toutes des dispositions permettant aux intimés de mettre fin à leur guise à leur contrat de travail avec les appelants. Par exemple, *The York University Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 143, prévoit:

[TRADUCTION] 10. Sous réserve des attributions que d la présente loi confère expressément au Sénat, l'administration, la gestion et le contrôle de l'Université et de ses biens, revenus, dépenses, entreprises et affaires relèvent du Bureau qui peut exercer tous les pouvoirs nécessaires à l'exécution de ses obligations et à la réalisation des e objectifs de l'Université, notamment sans limiter la généralité de ce qui précède, le pouvoir

...
 f c) de nommer et de congédier tous membres du personnel enseignant et administratif de l'Université et tous autres agents et employés, ou de leur accorder des promotions, selon que le Bureau l'estime nécessaire ou opportun aux fins de l'Université; toutefois, g les membres du personnel enseignant ou administratif, sauf le président, ne peuvent être nommés, promus ou destitués que sur recommandation du président qui tient compte des engagements et des pratiques de l'Université;

h d) d'établir le nombre, les attributions, le salaire et les autres rétributions des agents et des employés de l'Université;

Voir de même: *The University of Toronto Act, 1971*, S.O. 1971, ch. 56, al. 2(14)(b) et c), *The University of Guelph Act, 1964*, S.O. 1964, ch. 120, al. 11(b) et c), et la *Laurentian University of Sudbury Act, 1960*, S.O. 1960, ch. 151, al. 13(1)(b) et c). C'est en application de ces dispositions législatives que j des plaintes de discrimination ont été portées.

In *Andrews, supra*, McIntyre J. described the steps to be taken in determining s. 15 claims. The first question to be asked is whether the rule, in purpose or effect, distinguishes between different individuals or different classes of individuals. A finding that “different treatment” exists, however, does not end the inquiry. McIntyre J. explicitly stated that not every difference in treatment would give rise to a s. 15 violation. The sorts of differences in treatment caught by the section are those that are discriminatory. Thus the second issue to be determined in equality cases is whether the distinction once found gives rise to discrimination.

What is discrimination? Before this Court had an opportunity to review the purpose of s. 15, many of the lower courts had equated “discrimination” with different treatment *simpliciter*, thereby rendering the presence of the word “discrimination” in the section more or less superfluous. McIntyre J. quite rightly rejected this interpretation. At pages 174-75 he said that discrimination:

... may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [Emphasis added.]

Later in his reasons McIntyre J. set out the various approaches to s. 15 that had been advanced by academics and courts. In particular, he described what has become known as the “enumerated or analogous grounds approach” which was ultimately adopted by the Court as the proper approach to s. 15. At pages 180-81 he said:

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a décrit les étapes à suivre pour se prononcer sur des demandes fondées sur l'art. 15. La première question est de savoir si la règle a pour but ou pour effet d'établir une distinction entre différents individus ou groupes d'individus. La conclusion qu'un «traitement différent» existe ne met cependant pas fin à l'enquête. Le juge McIntyre a affirmé explicitement que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui donnent lieu à une violation de l'art. 15. Les différences de traitement visées par l'article sont celles qui sont discriminatoires. La deuxième question dans ces affaires portant sur l'égalité est donc de savoir si la distinction, une fois son existence confirmée, engendre une discrimination.

Qu'est-ce que la discrimination? Avant que notre Cour ait eu l'occasion d'examiner l'objet de l'art. 15, un bon nombre de tribunaux d'instance inférieure avaient assimilé la «discrimination» à une différence de traitement pure et simple, rendant ainsi plus ou moins superflue la présence du terme «discrimination» dans l'article. Le juge McIntyre a eu tout à fait raison de rejeter cette interprétation. Aux pages 174 et 175, il affirme que la discrimination:

... peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, le juge McIntyre énumère les diverses interprétations de l'art. 15 proposées par les auteurs et les tribunaux. En particulier, il a décrit ce qui est maintenant connu comme «le point de vue des motifs énumérés ou analogues» qui a finalement été adopté par la Cour comme la façon appropriée d'interpréter l'art. 15. Aux pages 180 et 181, il dit:

Secondly, even if a more liberal approach to the interpretation of the word “law” is adopted, it would lead to a finding that the policies instituting mandatory retirement constitute “law” within the meaning of s. 15. At the University of Guelph the mandatory retirement age is in the form of a university policy. At both York University and Laurentian University mandatory retirement is imposed in collective agreements entered into between faculty and administration. And at the University of Toronto the age of retirement is incorporated into the definition of academic tenure, which definition forms part of the faculty members’ contract of employment with the university. All of these methods of instituting mandatory retirement, it seems to me, constitute “binding rules” in the broad sense. I agree with La Forest J. that it makes no difference that some of the rules came about as a result of a process of negotiation culminating in their incorporation into collective agreements. Nor does it make any difference, in my view, that those subject to these rules, negotiated or not, have not previously pushed for their repeal. What we are dealing with in these appeals is, broadly speaking, “the law of the workplace” — law which may be determined exclusively by the employer in the case of unorganized establishments or by the joint efforts of the union and the employer in the case of unionized establishments — but binding law nonetheless.

For the above reasons, therefore, I find that the mandatory retirement policies of the universities are subject to s. 15 scrutiny.

2. *Is the Imposition of Mandatory Retirement Discriminatory?*

Both La Forest J. and L’Heureux-Dubé J. have found that the imposition of mandatory retirement infringes s. 15(1) of the *Charter*. I take no issue with that finding. Indeed, one would be hard pressed to construe any rule prohibiting employment past a certain age as anything other than a clear example of direct discrimination. I wish, however, to add a few comments about the developing jurisprudence of this Court on the application of s. 15.

Deuxièmement, même si on adoptait une interprétation plus libérale du terme «loi», on finirait par conclure que les politiques à l’origine de la retraite obligatoire constituent une «loi» au sens de l’art. 15. À l’Université de Guelph, l’âge de la retraite obligatoire prend la forme d’une politique universitaire. Aux universités York et Laurentienne, la retraite obligatoire est imposée dans les conventions collectives conclues entre les professeurs et l’administration. À l’Université de Toronto, l’âge de la retraite est compris dans la définition de la permanence, laquelle fait partie du contrat de travail entre les membres du corps professoral et l’université. À mon avis, toutes ces façons d’imposer la retraite obligatoire constituent des [TRADUCTION] «règles exécutoires» au sens large. Je partage l’avis du juge La Forest que cela ne change rien que certaines règles découlent d’un processus de négociation ayant abouti à leur incorporation dans les conventions collectives. J’estime également que l’absence de demande d’abrogation de la part des personnes assujetties à ces règles, négociées ou non, n’y change rien. De manière générale, ces pourvois portent sur [TRADUCTION] «la loi du milieu de travail» — une loi qui peut être établie exclusivement par l’employeur dans le cas des établissements non syndiqués ou par les efforts conjoints du syndicat et de l’employeur dans le cas des établissements syndiqués — mais une loi néanmoins exécutoire.

Pour les motifs qui précèdent, je suis donc d’avis que les politiques de retraite obligatoire des universités sont sujettes à un examen fondé sur l’art. 15.

2. *L’imposition de la retraite obligatoire est-elle discriminatoire?*

Les juges La Forest et L’Heureux-Dubé ont conclu que l’imposition de la retraite obligatoire contrevient au par. 15(1) de la *Charte*. Je ne conteste pas cette conclusion. En effet, il serait difficile d’interpréter une règle interdisant l’emploi d’une personne au-delà d’un certain âge comme autre chose qu’un exemple clair de discrimination directe. Je veux cependant ajouter quelques commentaires sur la jurisprudence récente de notre Cour sur l’application de l’art. 15.

The analysis of discrimination in this approach must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them. The words “without discrimination” require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage.

These comments ought not to be considered in isolation from one another. As Professor Gold remarked in his article, “Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia*” (1988-89), 34 *McGill L.J.* 1063, at p. 1079:

The equality provisions in the *Charter* are like the three-dimensional image in a holographic plate. Although one may break the plate into a thousand pieces, shining a laser beam through any one of the shards will reproduce the image in its entirety. So too is it with the concepts of “equality”, “discrimination”, “reasonableness” and “justification”. Out of any one of these concepts can be generated all of the principles that we distribute amongst the various clauses of sections 15 and 1.

The view expressed by Professor Gold has been implicitly endorsed by this Court in its decisions following *Andrews*. As I noted earlier in these reasons, the evil which s. 15 was meant to protect against is stereotype and prejudice. The purpose of the equality guarantee is the promotion of human dignity. This interest is particularly threatened when stereotype and prejudice inform our interactions with one another, whether on an individual or collective basis. It is for this reason that the central focus of the equality guarantee rests upon those vehicles of discrimination, stereotype and prejudice.

The centrality of the concept of “prejudice” explains why the similarly situated test has no place in equality jurisprudence. Unhappily, the parties involved in these appeals as well as some of the academics who have commented upon the *Andrews* decision have continued to resort to that test. For instance, Professor Gold, *supra*, remarked at p. 1065 of his comments:

Selon ce point de vue, l'analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage.

Ces observations ne doivent pas être considérées indépendamment l'une de l'autre. Comme le professeur Gold le fait remarquer dans son article intitulé «Comment: *Andrews v. Law Society of British Columbia*» (1988-89), 34 *McGill L.J.* 1063, à la p. 1079:

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Charte* sur l'égalité sont comme une image en trois dimensions sur une plaque holographique. Bien que l'on puisse briser la plaque en mille morceaux, l'utilisation d'un rayon laser sur n'importe laquelle des miettes reproduira l'image en entier. Il en est de même des notions d'égalité, de «discrimination», de «caractère raisonnable» et de «justification». L'une ou l'autre de ces notions peut générer tous les principes que nous attribuons aux diverses dispositions de l'art. 15 et de l'article premier.

Notre Cour a implicitement adopté l'opinion exprimée par le professeur Gold dans ses arrêts ultérieurs à l'arrêt *Andrews*. Comme je l'ai déjà souligné dans les présents motifs, l'art. 15 était destiné à protéger contre le fléau des stéréotypes et des préjugés. La garantie d'égalité vise à promouvoir la dignité humaine. Cet intérêt est particulièrement menacé lorsque les stéréotypes et les préjugés conditionnent nos interactions sur une base individuelle ou collective. C'est pour cette raison que la garantie d'égalité porte essentiellement sur ces modes de discrimination que sont les stéréotypes et les préjugés.

Le caractère central de la notion de «préjugé» explique pourquoi le critère de la situation analogue n'a pas sa place dans la jurisprudence sur l'égalité. Malheureusement, les parties concernées par ces pourvois ainsi que certains des commentateurs qui ont écrit sur l'arrêt *Andrews* ont continué de recourir à ce critère. Par exemple le professeur Gold, précité, fait remarquer dans son article, à la p. 1065:

A number of questions arise from the Court's analysis of the principle of formal equality. First, the Court does not say that the principle of formal equality has no role to play in any case whatsoever, only that it would be wrong to attempt to resolve all issues "within such a fixed and limited formula". Second, notwithstanding the harshness of its criticisms, the Court does not reject the underlying premise of this principle. For example, Justice McIntyre cites the following in support of the proposition that equality does not necessarily demand identical treatment: "It was a wise man who said that there is no greater inequality than the equal treatment of unequals". If the "wise man" was not Aristotle, it certainly could have been: this passage is a pure expression of the principle of formal equality. [Citations omitted.]

See also Black and Smith, "Note" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 591, at pp. 600-601.

In my view, and with great respect to those who think otherwise, this Court has clearly rejected similarity of situation as the benchmark for the application of s. 15. I need not repeat the criticisms of the test articulated by McIntyre J. in *Andrews* or, indeed, any of the other criticisms of the test which have been identified by other commentators. The focus of s. 15, in my view, is clearly prejudice and stereotype.

In the context of these appeals the question then is whether the policy of mandatory retirement at age 65 gives rise to discrimination within the meaning of s. 15. The respondent universities contend that it does not. They argue that simply because mandatory retirement draws an adverse distinction on the basis of the enumerated ground of age does not mean that the policy discriminates. They say that those who are subject to mandatory retirement suffer no prejudice and s. 15 is therefore not infringed. The appellants, on the other hand, submit that it is unnecessary for them to establish anything other than the fact that an adverse distinction has been drawn on the basis of a prohibited ground.

In my view, neither the respondents nor the appellants have properly approached the question this Court must address. The grounds enumerated in s. 15 represent some blatant examples of dis-

[TRADUCTION] L'analyse que fait la Cour du principe de l'égalité formelle soulève un certain nombre de questions. Premièrement, la Cour dit non pas que le principe de l'égalité formelle n'a aucun rôle à jouer dans quelques circonstances que ce soit, mais seulement qu'il serait erroné de tenter de résoudre tous les problèmes avec «une formule limitée et figée». Deuxièmement, sans égard à la sévérité de ses critiques, la Cour ne rejette pas la prémisse qui sous-tend ce principe. Par exemple, le juge McIntyre cite l'extrait suivant à l'appui de la proposition que l'égalité n'exige pas nécessairement un traitement identique: «C'était un homme sage celui qui a dit qu'il n'y avait pas de plus grande inégalité que l'égalité de traitement entre individus inégaux». Si cet «homme sage» n'est pas Aristote, c'aurait certainement pu l'être: ce passage est une pure expression du principe de l'égalité formelle. [Citations omises.]

Voir également Black et Smith, «Note» (1989), 68 *R. du B. can.* 591, aux pp. 600 et 601.

À mon avis, et en toute déférence pour ceux qui ne partagent pas mon opinion, notre Cour a clairement rejeté le critère de la situation analogue comme point de référence à l'application de l'art. 15. Je n'ai pas à répéter les critiques du critère formulé par le juge McIntyre dans l'arrêt *Andrews*, ni d'ailleurs aucune des autres critiques du critère formulées par d'autres commentateurs. À mon avis, l'art. 15 est clairement axé sur les préjugés et les stéréotypes.

Dans le contexte des présents pourvois, la question est donc de savoir si la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans donne lieu à une discrimination au sens de l'art. 15. Les universités intimées prétendent que non. Elles soutiennent que ce n'est pas simplement parce que la retraite obligatoire établit une distinction préjudiciable fondée sur le motif énuméré de l'âge que la politique est discriminatoire. Elles affirment que les personnes visées par la retraite obligatoire ne font l'objet d'aucun préjugé et que l'art. 15 n'est donc pas violé. Par contre, les appellants prétendent qu'il ne leur est pas nécessaire d'établir autre chose que l'existence d'une distinction préjudiciable fondée sur un motif prohibé.

À mon avis, ni les intimées ni les appelants n'ont correctement abordé la question que notre Cour doit trancher. Les motifs énumérés à l'art. 15 sont des exemples flagrants de discrimination que la

crimination which society has at last come to recognize as such. Their common characteristic is political, social and legal disadvantage and vulnerability. The listing of sex, age and race, for example, is not meant to suggest that any distinction drawn on these grounds is *per se* discriminatory. Their enumeration is intended rather to assist in the recognition of prejudice when it exists. At the same time, however, once a distinction on one of the enumerated grounds has been drawn, one would be hard pressed to show that the distinction was not in fact discriminatory.

It follows, in my opinion, that the mere fact that the distinction drawn in this case has been drawn on the basis of age does not automatically lead to some kind of irrebuttable presumption of prejudice. Rather it compels one to ask the question: is there prejudice? Is the mandatory retirement policy a reflection of the stereotype of old age? Is there an element of human dignity at issue? Are academics being required to retire at age 65 on the unarticulated premise that with age comes increasing incompetence and decreasing intellectual capacity? I think the answer to these questions is clearly yes and that s. 15 is accordingly infringed.

III. Is the Universities' Mandatory Retirement Policy Justifiable Under Section 1 of the Charter?

I have found that the *Charter* applies to the universities and that their policy of mandatory retirement at age 65 violates s. 15. The next question is whether the policy can be saved under s. 1 of the *Charter* which provides:

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

1. *The Meaning of "Law" in Section 1*

This section requires limits on *Charter* rights and freedoms to be "prescribed by law". As I have noted elsewhere, the term "law" within s. 1 should be construed in accordance with the purpose which

société a enfin reconnus comme tels. Leur caractéristique commune est le désavantage et la vulnérabilité sur les plans politique, social et juridique. L'énumération du sexe, de l'âge et de la race, par exemple, ne veut pas dire que toute distinction fondée sur ces motifs est en soi discriminatoire. Leur énumération a plutôt pour but de nous aider à reconnaître le préjugé lorsqu'il existe. Cependant, en même temps, une fois que l'on a établi l'existence d'une distinction fondée sur l'un des motifs énumérés, il serait très difficile d'établir que la distinction n'est pas en fait discriminatoire.

À mon avis, il s'ensuit que le simple fait qu'en l'espèce la distinction soit fondée sur l'âge ne donne pas automatiquement lieu à une quelconque présomption irréfutable de préjugé. Cette distinction nous force plutôt à nous poser la question suivante: Y a-t-il préjugé? La politique de retraite obligatoire reflète-t-elle le stéréotype de la vieillesse? Un élément de dignité humaine est-il en cause? Les professeurs sont-ils tenus de prendre leur retraite à 65 ans pour la raison non fondée qu'il y a diminution de la compétence et des capacités intellectuelles avec l'âge? Je pense que la réponse à ces questions est clairement affirmative et que l'art. 15 est par conséquent violé.

III. La politique de retraite obligatoire des universités est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

J'ai conclu que la *Charte* s'applique aux universités et que leur politique de retraite obligatoire à 65 ans viole l'art. 15. La question suivante est de savoir si cette politique peut être sauvegardée en vertu de l'article premier de la *Charte* qui prévoit:

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

1. *Le sens de l'expression «règle de droit» à l'article premier*

Cette disposition exige que les limites imposées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* soient prescrites par une règle de droit. Comme je l'ai déjà souligné, l'expression «règle de droit» à l'arti-

the section was intended to serve. Part of that purpose, I believe, is to make sure that only limits imposed pursuant to the rule of law be examined to see whether they are reasonable and demonstrably justifiable under s. 1. Put more succinctly, as Le Dain J. noted in *Therens, supra*, the purpose behind the “prescribed by law” requirement is to distinguish between those limits which arise by law and those which result from arbitrary action. Is, then, the imposition of mandatory retirement prescribed by law within the meaning of s. 1?

This Court has had occasion to consider the “prescribed by law” requirement on a number of occasions. In *R. v. Therens, supra*, the respondent had lost control of his motor vehicle and collided with a tree. When the police arrived at the scene of the accident they suspected that the respondent had been drinking and consequently demanded from him a breath sample pursuant to s. 235(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The section provided that a person from whom a breath sample has been demanded is to comply with the demand “as soon as practicable” and, in any event, not later than two hours after the demand is made. *Therens* accompanied the officer to the police station and willingly provided the sample. He was subsequently charged and convicted under s. 236(1) of the *Code* of driving with a blood alcohol level in excess of the legal limit. *Therens* appealed his conviction on the basis that, since he was not informed of his right to counsel upon detention, the breath sample had been obtained in violation of his *Charter* rights and the evidence respecting his blood alcohol level was therefore improperly admitted.

One of the questions posed to the Court was whether the limit on the accused’s right to counsel was prescribed by law. As the section of the *Code* provided that breath samples were to be provided as soon as practicable, the section did not expressly

cle premier devrait être interprétée conformément à l’objet visé par la disposition. J’estime que cet objet vise en partie à assurer que seules les limites imposées en application d’une règle de droit soient examinées pour déterminer s’il s’agit de limites raisonnables dont la justification peut se démontrer en vertu de l’article premier. Plus simplement, comme le juge Le Dain l’a souligné dans l’arrêt *Therens*, précité, l’exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise à établir une distinction entre les restrictions imposées par la loi et les restrictions arbitraires. Ainsi, l’imposition de la retraite obligatoire est-elle prescrite par une règle de droit au sens de l’article premier?

Notre Cour a eu l’occasion d’examiner à maintes reprises l’exigence que la limite soit prescrite par une règle de droit. Dans l’arrêt *R. c. Therens*, précité, l’intimé avait perdu la maîtrise de son véhicule à moteur qui avait percuté un arbre. Lorsque les policiers sont arrivés sur les lieux de l’accident, ils ont soupçonné l’intimé d’avoir consommé de l’alcool et l’ont donc sommé de fournir un échantillon de son haleine en application du par. 235(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. La disposition prévoit que la personne que l’on somme de fournir un échantillon de son haleine doit obtempérer «dès que possible» et, quoi qu’il en soit, au plus tard dans les deux heures suivant la sommation. *Therens* a accompagné le policier jusqu’au poste de police et a volontairement fourni un échantillon de son haleine. Il a ensuite été accusé et déclaré coupable, en vertu du par. 236(1) du *Code*, d’avoir conduit un véhicule à moteur alors que son taux d’alcoolémie dépassait la limite prescrite par la loi. *Therens* a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir que, puisqu’il n’avait pas été informé de son droit à l’assistance d’un avocat au moment de sa détention, les échantillons d’haleine avaient été obtenus en violation de ses droits reconnus par la *Charte* et que la preuve concernant son taux d’alcoolémie avait été utilisée de façon irrégulière.

L’une des questions posées à la Cour était de savoir si la limite imposée au droit de l’accusé à l’assistance d’un avocat était prescrite par une règle de droit. Puisque la disposition du *Code* prévoyait que des échantillons d’haleine devaient

or by necessary implication compel infringement of the *Charter*. The majority found therefore that the limitation on the rights of the accused under the *Charter* arose from the action of the police officer involved and not from Parliament and as such could not be saved under s. 1.

The same analysis was applied in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640, where s. 234.1(1) of the *Code* was challenged. Unlike s. 235(1), s. 234.1(1) provided that a breath sample was to be provided "forthwith" rather than as soon as practicable. Le Dain J., writing for a unanimous court, held that the section by necessary implication infringed s. 10(b) of the *Charter* but could be justified under s. 1.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the Court was faced with the question of whether a legislative prohibition on advertising directed against children was justified under s. 1. The legislation in question provided a mechanism by which it could be determined whether advertisements were in fact aimed at that segment of the community. Under s. 249 of the *Consumer Protection Act*, R.S.Q., c. P-40.1, a judge was to determine whether advertisements were directed towards children on the basis of three factors: (1) the nature and intended purpose of the goods advertised; (2) the manner of presentation; and (3) the time and place the advertisement was to be shown. The respondent complained that these factors were too vague and did not provide the court with sufficient guidance to make the determination whether or not advertising was directed toward children. This lack of solid guidance, it was argued, meant that the limit on the advertisers' freedom of expression was not "prescribed by law" within the meaning of s. 1. Dickson C.J., Lamer J. and I disagreed. At page 983 we said:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary

être fournis dès que possible, la disposition n'entraînait pas une violation expresse, ou par déduction nécessaire, de la *Charte*. Les juges formant la majorité ont donc conclu que la restriction des droits de l'accusé en vertu de la *Charte* découlait de la conduite du policier en question et non du Parlement, et qu'à ce titre elle ne pouvait être sauvegardée en vertu de l'article premier.

On a procédé à la même analyse dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640, dans lequel on contestait le par. 234.1(1) du *Code*. Contrairement au par. 235(1), le par. 234.1(1) prévoyait qu'un échantillon d'haleine devait être fourni «sur-le-champ» plutôt que dès que possible. Le juge Le Dain a conclu, au nom de la Cour à l'unanimité, que la disposition violait, par déduction nécessaire, l'al. 10b) de la *Charte* mais pouvait être justifiée en vertu de l'article premier.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, la Cour devait déterminer si l'interdiction de la publicité destinée à des enfants prévue dans une loi était justifiée en vertu de l'article premier. La loi en question prévoyait un mécanisme par lequel on pouvait déterminer si la publicité visait dans les faits cette partie de la population. En vertu de l'art. 249 de la *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., ch. P-40.1, un juge devait déterminer si les messages publicitaires étaient destinés aux enfants en fonction de trois facteurs: (1) la nature et la destination du bien annoncé, (2) la manière de présenter ce message publicitaire, et (3) le moment ou l'endroit où le message doit apparaître. L'intimée se plaignait que ces facteurs étaient trop vagues et ne pouvaient servir de directive suffisante pour permettre à la cour de déterminer si les messages publicitaires étaient destinés aux enfants. On a prétendu que cette absence de directives précises signifiait que la restriction de la liberté d'expression des annonceurs n'était pas prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier. Le juge en chef Dickson, le juge Lamer et moi-même n'avons pas partagé cette opinion. À la page 983, nous avons affirmé:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir

must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

Finally, in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, it was decided that a provision which conferred a discretion upon a labour arbitrator to grant relief for infringements of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, impliedly gave the arbitrator jurisdiction to make orders placing limits on *Charter* rights. Lamer J. summarized the application of this aspect of s. 1 in such circumstances at p. 1081:

To determine whether this limitation is reasonable and can be demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, one must examine whether the use made of the discretion has the effect of keeping the limitation within reasonable limits that can be demonstrably justified in a free and democratic society. If the answer is yes, we must conclude that the adjudicator had the power to make such an order since he was authorized to make an order reasonably and justifiably limiting a right or freedom mentioned in the *Charter*. If on the contrary the answer is no, then one has to conclude that the adjudicator exceeded his jurisdiction since Parliament had not delegated to him a power to infringe the *Charter*. If he has exceeded his jurisdiction, his decision is of no force or effect.

In my view, a similar approach ought to be taken in these appeals. While the universities are not creatures of statute in the same sense as the arbitrator in *Slaight Communications*, they do derive their authority over employment relations with their faculty and staff through their enabling statutes. These provisions do not in and of themselves infringe the *Charter*. Instead, it is the action that has been taken pursuant to them which has led to the violation. It is not necessary, therefore, to determine specifically whether the actual policies compelling retirement at age 65 are "law"

judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

Enfin, dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, on a décidé que la disposition qui conférait à un arbitre en matière de relations de travail le pouvoir discrétionnaire d'accorder un redressement pour les violations du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, lui conférait implicitement le pouvoir de rendre des ordonnances limitant les droits reconnus par la *Charte*. Le juge Lamer résume ainsi l'application de cet aspect de l'article premier dans ces circonstances, à la p. 1081:

Pour déterminer si cette restriction est contenue dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut donc évaluer si l'utilisation qui fut faite de la discrétion a pour effet de contenir la restriction dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Si la réponse est positive nous devons conclure que l'arbitre avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance puisqu'il était autorisé à rendre une ordonnance restreignant un droit ou une liberté énoncés à la *Charte* dans des limites qui soient raisonnables et justifiables. Si la réponse est au contraire négative il faut alors conclure que l'arbitre a excédé sa juridiction puisque le Parlement ne lui a pas délégué le pouvoir de violer la *Charte*. Ayant excédé sa juridiction sa décision est donc nulle et sans effet.

À mon avis, une interprétation semblable doit être adoptée dans les présents pourvois. Bien que les universités ne soient pas des créatures de la loi au même sens que l'arbitre dans l'arrêt *Slaight Communications*, leur pouvoir en matière de relations de travail avec les professeurs et les employés provient de leurs lois habilitantes. Ces dispositions ne violent pas en soi la *Charte*. C'est plutôt la mesure prise conformément à ces dispositions qui a entraîné la violation. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer précisément si les politiques concrètes qui imposent la retraite à 65 ans constituent une

within the meaning of s. 1. For reasons analogous to those expressed in *Slaight Communications*, if the measures instituting mandatory retirement are not reasonable and demonstrably justified, they fall outside the authority of the universities and must be struck down.

2. *Is the Universities' Mandatory Retirement Policy Reasonable and Demonstrably Justified?*

The role of s. 1 within the *Charter* was first articulated in this Court in *R. v. Oakes*, *supra*. The *Oakes* "test" was succinctly summarized in the later case of *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, by Dickson C.J. at p. 768:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

It is this test that must be applied in ascertaining whether the universities' mandatory retirement policy meets the requirements of s. 1 of the *Charter*.

Despite the fact that my colleagues La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. have not found, as I have, that the *Charter* applies to the universities, they have both considered the constitutionality of mandatory retirement in the university context. I find myself in substantial agreement with L'Heureux-Dubé J. that the universities' mandatory

«règle de droit» au sens de l'article premier. Pour des motifs semblables à ceux exprimés dans l'arrêt *Slaight Communications*, si les mesures qui prévoient la retraite obligatoire ne sont pas raisonnables et si leur justification ne peut se démontrer, elles ne relèvent pas du pouvoir des universités et doivent être annulées.

2. *La politique de mise à la retraite obligatoire des universités est-elle raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer?*

C'est d'abord dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, que le rôle de l'article premier de la *Charte* a été précisé. Le juge en chef Dickson a résumé brièvement le «critère» de l'arrêt *Oakes* dans l'arrêt ultérieur *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

C'est ce critère qui doit être appliqué pour déterminer si la politique de retraite obligatoire des universités satisfait aux exigences de l'article premier de la *Charte*.

Même si mes collègues les juges La Forest et L'Heureux-Dubé n'ont pas conclu, comme je l'ai fait, que la *Charte* s'applique aux universités, ils ont tous les deux examiné la constitutionnalité de la politique de retraite obligatoire dans le contexte universitaire. Je partage essentiellement l'opinion du juge L'Heureux-Dubé que la politique de mise à la retraite obligatoire des universités ne saurait être justifiée en vertu de l'article premier. À mon

retirement policy cannot be justified under s. 1. In my view, it does not meet the proportionality test.

The respondents argue that the “minimal impairment” branch of the *Oakes* test has been less stringently applied in some situations and give as examples the decisions of this Court in *Edwards Books* and *Irwin Toy*. They argue that the factors which motivated the Court in those two cases are present here and that therefore the requirement of minimal impairment should be relaxed in this case also.

In *Edwards Books*, this Court considered the constitutionality of the Ontario *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453. The Act deemed Sunday to be a common pause day in the retail sector but provided an exemption for small retailers who did not conduct business on Saturday. The majority upheld both the pause day provision and the exemption. After examining the exemption in relation to the interests of consumers, retailers and employees, Dickson C.J. remarked at pp. 781-82:

A “reasonable limit” is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

Later, at p. 782, he added:

In my view, the principles articulated in *Oakes* make it incumbent on a legislature which enacts Sunday closing laws to attempt very seriously to alleviate the effects of those laws on Saturday observers. The exemption in s. 3(4) of the Act under review in these appeals represents a satisfactory effort on the part of the Legislature of Ontario to that end and is, accordingly, permissible.

In *Irwin Toy*, *supra*, a seemingly similar approach was adopted by this Court in its determination of whether a legislative ban on television advertising directed towards children was constitutionally sound as not trenching too onerously on freedom of speech. In that case, the evidence revealed that televised advertising was particularly detrimental to children under the age of six because this group was the least able to differentiate fact from fiction. They were thus the most

avis, cette politique ne satisfait pas au critère de proportionnalité.

Les intimés ont prétendu qu'on a appliqué l'élément de «l'atteinte minimale» du critère de l'arrêt *Oakes* de façon moins stricte dans certains cas et ils citent à titre d'exemple les arrêts de notre Cour *Edwards Books* et *Irwin Toy*. Ils prétendent que les facteurs qui ont incité la Cour à agir dans ces deux arrêts sont présents en l'espèce et que l'exigence de l'atteinte minimale devrait être assouplie en l'espèce également.

Dans l'arrêt *Edwards Books*, notre Cour a examiné la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* de l'Ontario, L.R.O. 1980, ch. 453. La Loi faisait du dimanche un jour commun de repos dans le commerce de détail, mais prévoyait une exemption pour les petits détaillants qui ne faisaient pas d'affaires le samedi. La Cour à la majorité a confirmé la disposition sur le jour de repos et l'exemption. Après avoir examiné l'application de l'exemption en tenant compte des intérêts des consommateurs, des détaillants et des employés, le juge en chef Dickson souligne, aux pp. 781 et 782:

Une «limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Plus loin, à la p. 782, il ajoute:

À mon avis, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, il incombe au législateur qui adopte une loi sur la fermeture le dimanche de tenter très sérieusement d'atténuer ses effets sur ceux qui observent le samedi. L'exemption du par. 3(4) de la Loi en cause dans les présents pourvois représente un effort satisfaisant en ce sens et est donc acceptable.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, notre Cour a adopté une méthode apparemment semblable pour déterminer si l'interdiction de publicité télévisée destinée aux enfants prévue par la loi était constitutionnellement valide en ce qu'elle ne portait pas trop sévèrement atteinte à la liberté d'expression. Dans cette affaire, la preuve a démontré que la publicité télévisée était particulièrement préjudiciable aux enfants de moins de six ans parce que ce groupe était le moins

credulous when presented with advertising messages. The evidence was, however, less than conclusive with respect to older children. The most that could be said was that the ability to view critically advertised messages in an adult way occurred somewhere between the ages of seven and thirteen. Cognizant of the body of opinion on these matters, the Quebec legislature opted for a scheme which prohibited all advertising directed at children under the age of 13.

Dickson C.J., Lamer J. and I held the provision to be reasonable and demonstrably justified within the meaning of s. 1. At page 993 it was said:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

Applying this reasoning to the problem before us, we cast the issue we were called upon to determine in *Irwin Toy* as follows at p. 994:

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. [Emphasis added.]

At page 999 we concluded:

While evidence exists that other less intrusive options reflecting more modest objectives were available to the government, there is evidence establishing the necessity of a ban to meet the objectives the government had reasonably set. This Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to

apte à distinguer la réalité de la fiction. Ils étaient donc les personnes les plus naïves face à des messages publicitaires. La preuve était cependant loin d'être concluante quant aux enfants plus âgés.

^a Tout ce qu'il était possible d'affirmer, c'était que la capacité de regarder d'un œil critique, de manière adulte, les messages publicitaires se développait quelque part entre sept et treize ans. Conscient de l'ensemble des opinions sur ces ^b questions, l'Assemblée nationale du Québec a choisi un régime interdisant toute publicité destinée aux enfants de moins de 13 ans.

Le juge en chef Dickson, le juge Lamer et moi-même avons conclu que la disposition était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer au sens de l'article premier. À la p. 993, nous avons dit:

^d Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous ^e la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

^f Appliquant ce raisonnement au problème dont nous étions saisis, nous avons formulé la question que nous devons trancher dans l'arrêt *Irwin Toy* de la façon suivante, à la p. 994:

^g En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, ^h compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

ⁱ À la page 999, nous avons conclu:

Bien que, selon la preuve, le gouvernement dispose d'autres options comportant une intrusion moindre qui répondent à des objectifs plus modestes, la preuve démontre aussi la nécessité d'interdire la publicité pour parvenir aux objectifs que le gouvernement s'est raisonnablement fixés. Cette Cour n'adoptera pas une inter-

social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups. There must nevertheless be a sound evidentiary basis for the government's conclusions. [Emphasis added.]

Do the above quoted passages evidence a willingness on the part of the Court to adopt a more flexible approach to this aspect of the s. 1 test? I think it clear that they do. In my opinion, a close examination of the facts in both cases reveals that there were indeed good reasons for the Court's adopting such an approach.

In *Edwards Books* Dickson C.J. reviewed, as I have said, the relationship between the exemption in s. 3(4) and the interests of consumers, retailers and employees. In respect of the first two groups, he found that the scheme adopted by the legislature was no better or worse than any other proposed scheme. All of the suggested ways of dealing with exceptions to the Sunday closing laws had their faults. With respect to the interests of those who worked in the retail sector, other mechanisms for dealing with a satisfactory day of rest would severely impinge upon their interests. The Court took due notice of the fact that of all those affected in some way by Sunday shopping laws, retail employees were the most vulnerable. Largely unskilled and unrepresented, these workers would be in no position to resist pressure from their employers to not press for their rights. Thus, even although other acceptable schemes could have been adopted by the provincial government, none were clearly better at both minimizing the effects of Sunday closings on both consumers and retailers and especially at protecting the interests of those who would otherwise not reap the benefit of a uniform day off work.

In *Irwin Toy* the respondent advertisers submitted that there were indeed alternative means of dealing with the problem of children's advertising

prétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables.

^a Néanmoins, les conclusions du gouvernement doivent s'appuyer sur des éléments de preuve solides. [Je souligne.]

Les passages qui viennent d'être cités traduisent-ils une volonté de la part de la Cour d'adopter une méthode plus souple quant à cet aspect du critère de l'article premier? Je pense qu'ils le font clairement. À mon avis, un examen attentif des faits dans les deux instances indique que la Cour avait de bonnes raisons d'adopter cette attitude.

Dans l'arrêt *Edwards Books*, le juge en chef Dickson a examiné, comme je l'ai dit, les rapports entre l'exemption prévue au par. 3(4) et les intérêts des consommateurs, des détaillants et des employés. En ce qui concerne les deux premiers groupes, il a conclu que le régime adopté par le législateur n'était ni meilleur ni pire que tout autre régime proposé. Chacune des façons proposées de traiter les exceptions à l'obligation de fermer les commerces le dimanche comportait des défauts. En ce qui concerne les salariés du commerce de détail, les autres moyens d'obtenir un jour de repos satisfaisant porteraient sérieusement atteinte à leurs intérêts. La Cour a bien tenu compte du fait que, parmi toutes les parties visées de quelque manière que ce soit par les dispositions législatives sur le magasinage le dimanche, les salariés du commerce de détail étaient les plus touchés. Parce que la plupart n'ont pas de formation particulière et ne sont pas représentés, ils ne seraient pas en mesure de résister aux pressions exercées par les employeurs en vue de les inciter à ne pas faire valoir leurs droits. Par conséquent, même si le gouvernement provincial avait pu adopter d'autres régimes acceptables, nul ne pouvait mieux permettre de minimiser les effets de la fermeture des commerces le dimanche sur les consommateurs et les détaillants et, particulièrement, de protéger les intérêts de ceux qui ne pourraient par ailleurs bénéficier d'un jour de congé uniforme.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, les annonceurs intimés ont soutenu qu'il y avait en réalité d'autres moyens de régler le problème de la publicité destinée aux

and that these means did not infringe so severely on the free speech rights of the advertisers. It was nonetheless held that these different means of dealing with the issue did not invalidate the legislature's right to proceed as it did. None of the proposed alternatives adequately accomplished the legislature's admittedly reasonable objective of protecting children from manipulation through commercial media. In that context, the Court refused to second guess the legislative wisdom of choosing to protect the interests of vulnerable children at the limited expense of the commercial speech rights of advertisers.

It seems to me that the central message to be drawn from the foregoing cases is that, if there is to be deference toward the legislative initiative in cases where different means might impinge less severely upon a guaranteed right or freedom, the exercise of such deference is particularly apposite in those cases where something less than a straightforward denial of a right is involved. Where the legislature is forced to strike a balance between the claims of competing groups for instance, and particularly where the legislature has sought to promote or protect the interests of the less advantaged, the Court should approach the application of the minimal impairment test with a healthy measure of restraint. As was said by Dickson C.J. in *Edwards Books* at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons. When the interests of more than seven vulnerable employees in securing a Sunday holiday are weighed against the interests of their employer in transacting business on a Sunday, I cannot fault the Legislature for determining that the protection of the employees ought to prevail.

In such a context, the requirement of minimal impairment will be met where alternative ways of dealing with the stated objective meant to be served by the provision in question are not clearly better than the one which has been adopted by government. It is not a question of the Court refusing to entertain other viable options. For

enfants et que ces moyens ne portaient pas aussi sévèrement atteinte aux droits d'expression des annonceurs. Quoi qu'il en soit, on a conclu que ces différents moyens de traiter la question n'invalidaient pas le droit du législateur de procéder comme il l'avait fait. Aucune des autres solutions proposées ne répondait adéquatement à l'objectif certes raisonnable du législateur de protéger les enfants contre la manipulation que comporte la publicité commerciale. Dans ce contexte, la Cour a refusé de se prononcer après coup sur la sagesse du choix du législateur de protéger les intérêts des enfants vulnérables aux dépens, limités, des droits au discours commercial des annonceurs.

Il me semble que le principal message à tirer des arrêts qui précèdent est que, si on doit faire preuve de retenue envers l'initiative du législateur lorsque différents moyens pourraient porter moins sévèrement atteinte à un droit ou à une liberté garantis, cette manifestation de retenue est particulièrement appropriée lorsqu'il n'y a pas négation pure et simple d'un droit. Lorsque le législateur est forcé d'établir un équilibre entre les revendications de groupes concurrents par exemple, et particulièrement lorsque le législateur a cherché à promouvoir ou à protéger les intérêts des moins favorisés, la Cour devrait aborder l'application du critère de l'atteinte minimale avec une bonne dose de retenue. Comme le juge en chef Dickson l'a dit dans l'arrêt *Edwards Books*, à la p. 779:

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se servent les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter.

Dans un tel contexte, l'exigence de l'atteinte minimale est remplie lorsque les autres moyens de traiter de l'objectif avoué que visait à servir la disposition en question ne sont pas clairement meilleurs que le moyen adopté par le gouvernement. Ce n'est pas parce que la Cour ne veut pas examiner d'autres options viables. Par exemple,

example, in *Ford v. Quebec, supra*, other mechanisms for promoting the French language in the Province of Quebec were quite obviously considered by this Court and ultimately found preferable to the exclusivity route opted for by the legislature of Quebec. Similarly, this branch of the *Oakes* proportionality test will be met where the means chosen by government are the most reasonable ones available in light of the objective sought to be achieved.

The respondent universities seek to reap the benefit of the “vulnerable group” standard of review under *Edwards Books* and *Irwin Toy* on the basis that their mandatory retirement policy was intended to make available positions for younger academics. They argue that younger academics are “vulnerable” in the sense that, if senior faculty members are not required to retire, they are deprived of an opportunity to enter careers in academe having regard to the financial exigencies which presently plague the universities. In my view, young academics are not the kind of “vulnerable” group contemplated in *Edwards Books* and *Irwin Toy*. There is no reason outside the reality of fiscal restraints why this group cannot gain access to their chosen profession. Their exclusion does not flow, in other words, from their condition of being young as in *Irwin Toy*, or from the nature of their relationship with the universities as in *Edwards Books*. It flows solely from the government’s policy of fiscal restraint. Absent the pressures to which this policy gives rise, there is nothing to suggest that younger academics would be denied meaningful career opportunities.

I think it fair, however, that note be taken of the efforts of some universities to actively recruit for faculty positions those who previously have been denied fair access to teaching opportunities. To my mind, if one of the purposes of the mandatory retirement policy had been to provide employment opportunities to visible minorities there would arguably be a legitimate foundation for applying the deferential standard of review advocated in *Edwards Books* and *Irwin Toy*. I give this as an illustration only and express no conclusive opinion

dans l’arrêt *Ford c. Québec*, précité, notre Cour a de toute évidence examiné d’autres moyens de promouvoir le français au Québec qu’elle a finalement jugés préférables à la voie exclusive choisie par le législateur québécois. De même, cet aspect du critère de proportionnalité de l’arrêt *Oakes* sera rempli lorsque les moyens choisis par le gouvernement sont les plus raisonnables compte tenu de l’objectif visé.

Les universités intimées tentent de tirer avantage de la norme d’examen du «groupe vulnérable» des arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy* en affirmant que leur politique de retraite obligatoire visait à ouvrir des postes pour les professeurs plus jeunes. Elles soutiennent que les professeurs plus jeunes sont «vulnérables» en ce sens que, si les professeurs plus âgés ne sont pas tenus de prendre leur retraite, ils sont privés de la possibilité de faire carrière à l’université compte tenu de la crise financière que traversent actuellement les universités. À mon avis, les jeunes professeurs ne font pas partie du genre de groupe «vulnérable» envisagé dans les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy*. À part l’existence de contraintes financières, il n’y a aucune raison pour laquelle les membres de ce groupe ne peuvent avoir accès à la profession de leur choix. En d’autres termes, leur exclusion ne découle pas du fait qu’ils sont jeunes comme dans l’arrêt *Irwin Toy*, ni de la nature de leurs rapports avec les universités comme dans l’arrêt *Edwards Books*. Elle découle seulement de la politique de restriction budgétaire du gouvernement. En l’absence des pressions auxquelles donne lieu cette politique, rien n’indique que les jeunes professeurs seraient privés de véritables chances d’emploi.

En toute justice, j’estime cependant qu’il convient de souligner les efforts que certaines universités déploient pour recruter les candidats qui avaient été antérieurement privés de chances d’accès équitables à des carrières d’enseignement. À mon avis, si l’un des buts de la politique de la retraite obligatoire avait été d’offrir des chances d’emploi à des minorités visibles, on pourrait prétendre qu’il existe une justification légitime de l’application de la norme d’examen fondée sur la retenue préconisée dans les arrêts *Edwards Books*

on it because it is not before us. But it serves to underline that what is at issue in these appeals cannot be characterized as an attempt to protect or promote the interests of the disadvantaged.

Thus far in my reasons I have approached the issue of the standard of review under s. 1 solely on the basis that younger academics do not constitute a "vulnerable" group within the meaning of the case law. I have concluded that since younger academics are not "vulnerable" in this sense, this basis for relaxing the standard of minimal impairment does not apply. This finding, however, does not end the matter. It is evident from the extracts I have quoted from the cases that a further factor influenced this Court's decision not to apply the full rigours of *Oakes*. As my colleague La Forest J. has noted, this Court has also expressed its approval of the idea that the *Oakes* requirement of minimal impairment may be less stringently applied in circumstances where competition exists for scarce resources and the legislature is forced to strike a compromise. Should legislative compromises directed at assuaging the claims of competing groups attract the same measure of judicial deference as legislative initiatives aimed at protecting vulnerable members of society? I do not believe that the remarks of this Court in *Irwin Toy* dictate such a result.

It seems to me that in a period of economic restraint competition over scarce resources will almost always be a factor in the government distribution of benefits. Moreover, recognition of the constitutional rights and freedoms of some will in such circumstances almost inevitably carry a price which must be borne by others. Accordingly, to treat such price (in this case the alleged consequent lack of job opportunities for young academics) as a justification for denying the constitutional rights of the appellants would completely vitiate the purpose of entrenching rights and freedoms.

et *Irwin Toy*. Je ne donne cela qu'à titre d'exemple sans exprimer aucune opinion définitive sur le sujet puisque la question ne nous a pas été présentée. Mais cela permet de souligner que ce qui est en cause dans les présents pourvois ne peut être qualifié de tentative de protéger ou de promouvoir les intérêts de personnes défavorisées.

Jusqu'ici, je n'ai abordé la question de la norme d'examen fondé sur l'article premier qu'en tenant compte du fait que les jeunes professeurs ne constituent pas un groupe «vulnérable» au sens de la jurisprudence. J'ai conclu que puisque les jeunes professeurs ne sont pas «vulnérables» en ce sens, ce motif justifiant l'assouplissement de la norme de l'atteinte minimale ne s'applique pas. Cette conclusion ne met cependant pas fin à l'affaire. Il ressort clairement des extraits de la jurisprudence que j'ai cités qu'un autre facteur a influencé la décision de notre Cour de ne pas appliquer le critère de l'arrêt *Oakes* dans toute sa rigueur. Comme mon collègue le juge La Forest l'a souligné, notre Cour a également approuvé l'idée que l'exigence de l'atteinte minimale de l'arrêt *Oakes* peut être appliquée de manière moins sévère dans des circonstances où la concurrence à l'égard de ressources limitées existe et que le législateur est obligé d'établir un compromis. Ces compromis du législateur visant à apaiser les revendications de groupes concurrents devraient-ils faire l'objet de la même retenue judiciaire que les initiatives du législateur visant à protéger des membres vulnérables de la société? Je ne crois pas que les remarques de notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy* commandent un tel résultat.

Il me semble qu'en période de restrictions budgétaires la concurrence à l'égard des ressources limitées constituera presque toujours un facteur dont tiendra compte le gouvernement dans la répartition des bénéfices. En outre, la reconnaissance des droits et des libertés constitutionnels de certains dans ces circonstances comportera presque inévitablement un prix que d'autres auront à payer. Par conséquent, dire de ce prix (en l'espèce, l'absence, prétend-t-on, de chances d'emploi pour les jeunes professeurs) qu'il justifie une négation des droits constitutionnels des appelants reviendrait à vicier complètement l'objectif de la consécration des droits et libertés dans la Constitution.

On the other hand, there may be circumstances in which other factors militate against interference by the courts where the legislature has attempted a fair distribution of resources. For example, courts should probably not intervene where competing constitutional claims to fixed resources are at stake. The allocation of resources ought not, in other words, to be approached in an acontextual manner. It should always be open to the Court to examine the government's reasons for making the particular allocation and to measure those reasons against the values enshrined in the Constitution.

In this case, as I have noted, it is solely because of the government's policy of economic restraint that appointment opportunities for younger academics are limited. Younger academics are not *per se* a vulnerable group and no other factor presents itself which would justify the application of a deferential standard of review. The issue comes down plainly and simply to whether some members of the academic community, i.e., the younger ones, have to forego job opportunities in a period of economic restraint in order to protect the constitutionally entrenched rights of their senior colleagues. In my opinion, this is not the sort of situation in which the requirements of *Oakes* should be relaxed.

In any event, even if the fact of fiscal restraint *simpliciter* were a sufficient reason to take a more relaxed approach to the minimal impairment requirement, it is my view that the facts of this case do not support the application of this standard of review. As my colleague L'Heureux-Dubé J. has noted, there does not exist a one to one ratio between the retirement of senior faculty and the hiring of junior faculty. I agree with La Forest J., however, that the absence of this close relationship does not render the fact of the relationship irrelevant for s. 1 purposes. But it is my view that because the correlation between retiring and hiring is indirect, it is not appropriate to apply the relaxed standard of minimal impairment. This Court has stressed that the standard which presumptively applies is that of *Oakes*. It is only in exceptional circumstances that the full rigours of *Oakes* should

Par ailleurs, les circonstances peuvent faire en sorte que d'autres facteurs militent contre l'ingérence des tribunaux lorsque le législateur a tenté de répartir équitablement les ressources. Par exemple, les tribunaux ne devraient probablement pas intervenir lorsque des revendications constitutionnelles concurrentes à l'égard de ressources fixes sont en cause. En d'autres termes, la répartition des ressources ne devrait pas être abordée en l'absence de tout contexte. La Cour devrait toujours pouvoir examiner les motifs du gouvernement de répartir les ressources d'une manière donnée et évaluer ces motifs en regard des valeurs consacrées dans la Constitution.

En l'espèce, comme je l'ai noté, ce n'est qu'en raison de la politique de restrictions budgétaires du gouvernement que les nominations de jeunes professeurs sont limitées. Ils ne forment pas en soi un groupe vulnérable et aucun autre facteur ne justifierait l'application d'une norme d'examen fondée sur la retenue. La question revient donc clairement et simplement à savoir si certains membres de la communauté universitaire, c'est-à-dire les plus jeunes, doivent renoncer à des chances d'emploi en période de restrictions budgétaires en vue de protéger les droits consacrés dans la Constitution de leurs collègues aînés. À mon avis, il ne s'agit pas d'une situation où les exigences de l'arrêt *Oakes* devraient être assouplies.

Quoi qu'il en soit, même si les seules contraintes financières étaient suffisantes pour justifier une interprétation plus souple du critère de l'atteinte minimale, j'estime que les faits en l'espèce ne justifient pas l'application de cette norme d'examen. Comme ma collègue le juge L'Heureux-Dubé l'a souligné, il n'existe pas d'équivalence parfaite entre la retraite d'un professeur aîné et l'embauche d'un plus jeune professeur. Je partage cependant l'avis du juge La Forest que l'absence d'un rapport étroit ne rend pas l'existence de ce rapport inutile aux fins de l'article premier. Mais j'estime que, parce que la corrélation entre la retraite et l'embauche est indirecte, il n'est pas approprié d'appliquer la norme souple de l'atteinte minimale. Notre Cour a souligné que la norme qui est présumée s'appliquer est celle de l'arrêt *Oakes*. Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que la

be ameliorated. The onus in this case was on the respondent universities to show that the application of a more relaxed test under s. 1 was appropriate. In my respectful view that onus has not been met.

I should add that even if I were to find that the less stringent application of the minimal impairment test was appropriate in this case, I would nonetheless hold that such a standard has not been met. In assessing reasonableness pursuant to this standard two factors remain relevant: (1) the objective; and (2) the availability of alternative means. In *Edwards Books* it was held that the Court should not interfere with legislative wisdom if there are no alternative means of achieving the objective which are clearly better in terms of both minimizing the impairment of *Charter* rights and meeting the objective. In the context of these appeals it has not been established that clearly better means are not available. Indeed, the appellants have pointed to the mechanism of voluntary retirement coupled with strong incentives to retire as not only a viable but an equally effective way of meeting the objective. The adoption of such a mechanism has the obvious advantage of not impairing the rights of senior academics and not completely sacrificing the admittedly important objective of achieving faculty renewal. Particularly when the documented success of such alternative techniques is taken into account, I find it difficult to accept that there do not exist clearly better alternatives within the meaning of *Edwards Books*.

My colleague La Forest J., in considering whether s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, can be justified under s. 1 of the *Charter*, advances the proposition that mandatory retirement may be accompanied by an attractive "package deal" and that some categories of employees may be prepared to sacrifice their right to continue in their employment beyond age 65 in exchange for substantial pension and other benefits. I do not doubt that this is so. The concern under the *Human Rights Code, 1981*, however,

rigueur du critère de l'arrêt *Oakes* devrait être assouplie. En l'espèce, il appartenait aux universités intimées de démontrer que l'application d'un critère plus souple en vertu de l'article premier était appropriée. À mon avis, elles ne se sont pas acquittées de cette obligation.

Il convient d'ajouter que même si je décidais qu'il était approprié en l'espèce d'appliquer le critère moins sévère de l'atteinte minimale, je conclurais malgré tout qu'on n'a pas satisfait à cette norme. Pour évaluer le caractère raisonnable en fonction de cette norme, deux facteurs sont pertinents: (1) l'objectif, et (2) la disponibilité d'autres moyens. Dans l'arrêt *Edwards Books*, on a affirmé que la Cour ne devrait pas mettre en question la sagesse du choix du législateur s'il n'existe pas d'autres moyens de réaliser l'objectif qui soient clairement meilleurs tant pour minimiser l'atteinte aux droits reconnus par la *Charte* que pour atteindre cet objectif. Dans le contexte des présents pourvois, on n'a pas démontré l'inexistence de moyens clairement meilleurs. De fait, les appelants ont mentionné que le mécanisme de la retraite volontaire accompagnée de fortes primes de mise à la retraite est non seulement une façon valable de réaliser l'objectif mais une façon efficace d'y parvenir. L'adoption de ce mécanisme comporte l'avantage évident de ne pas porter atteinte aux droits des professeurs aînés et de ne pas complètement sacrifier l'objectif, certes important, de renouveler le corps professoral. J'estime qu'il est difficile d'accepter qu'il n'existe pas de solutions de rechange clairement meilleures au sens de l'arrêt *Edwards Books*, particulièrement lorsque l'on tient compte du succès de ces techniques subsidiaires d'après la preuve.

Dans l'examen de la question de savoir si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*, mon collègue le juge La Forest fait valoir que la retraite obligatoire peut être assortie d'une entente globale attrayante et que certaines catégories d'employés peuvent être prêtes à sacrifier leur droit de continuer à travailler au-delà de 65 ans en échange d'une pension généreuse et d'autres avantages. Je ne doute pas qu'il en soit ainsi. Cependant, en vertu du *Code*

has to be for those to whom such attractive “package deals” are not available and more will be said of this later in dealing with the constitutionality of s. 9(a) of the Code.

The immediate question which the “package deal” argument raises in relation to the *Charter* is whether citizens can contract out of their equality rights under s. 15 or whether public policy would prevent this. This Court has already held that some of the legal rights in the *Charter* may be waived but it has not yet been called upon to address the question whether equality rights can be bargained away. Having regard to the nature of the grounds on which discrimination is prohibited in s. 15 and the fact that the equality rights lie at the very heart of the *Charter*, I have serious reservations that they can be contracted out of. I believe that each right or freedom under the *Charter* must be considered separately in order to determine whether its central focus is personal privilege or public policy. I note with interest that the Supreme Court of India has held that if the right is in the nature of a prohibition addressed to government and inserted in the Constitution on grounds of public policy, it cannot be waived by an individual even although he or she may be primarily benefited by it: see *Behram Khurshid v. State of Bombay*, A.I.R. (42) 1955 Supreme Court 123, and *Basheshar Nath v. Commissioner of Income-tax*, A.I.R. (46) 1959 Supreme Court 149. The adoption of such an analysis would allow only those rights which can be classified as personal privileges to be waived or contracted out of.

The American courts appear to have adopted a similar approach, holding that legal rights such as the right to counsel (*Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Bute v. Illinois*, 333 U.S. 640 (1948)); the right to trial by jury (*Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1 (1966)); the privilege against self-incrimination (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964)); the protection against double jeopardy (*Haddad v. U.S.*, 349 F.2d 511 (1965)); the benefits of the prohibition against unreasonable search and seizure (*Zap v. United States*, 328 U.S. 624 (1946)) can all be waived.

des droits de la personne, 1981, il faut se préoccuper des personnes qui ne disposent pas de ces ententes globales attrayantes et j’y reviendrai lorsque je traiterai de la constitutionnalité de l’al. 9a)

a du Code.

La première question que l’argument de l’«entente globale» soulève au regard de la *Charte* est de savoir si les citoyens peuvent écartier par contrat leurs droits à l’égalité en vertu de l’art. 15 ou si l’intérêt public les empêcherait de le faire. Notre Cour a déjà décidé qu’on peut renoncer à certaines garanties juridiques de la *Charte*, mais elle n’a pas été encore appelée à trancher la question de savoir s’il est possible d’écartier par entente les droits à l’égalité. Compte tenu de la nature des motifs pour lesquels la discrimination est interdite à l’art. 15 et du fait que les droits à l’égalité sont au cœur même de la *Charte*, je doute fort qu’on puisse les écartier par contrat. J’estime que chaque droit ou liberté reconnu par la *Charte* doit être examiné séparément pour déterminer s’il a pour objet principal un privilège personnel ou l’intérêt public. Je souligne avec intérêt que la Cour suprême de l’Inde a décidé que si le droit tient d’une interdiction visant le gouvernement et incorporée dans la Constitution pour des motifs d’intérêt public, une personne ne peut y renoncer bien qu’elle puisse être la principale bénéficiaire: voir *Behram Khurshid v. State of Bombay*, A.I.R. (42) 1955 Supreme Court 123, et *Basheshar Nath v. Commissioner of Income-tax*, A.I.R. (46) 1959 Supreme Court 149. L’adoption de ce raisonnement permettrait seulement de renoncer ou d’écartier par contrat les droits que l’on peut qualifier de privilèges personnels.

Les tribunaux américains semblent avoir adopté une interprétation similaire, affirmant qu’on peut renoncer à des garanties juridiques comme le droit à l’assistance d’un avocat (*Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938); *Bute v. Illinois*, 333 U.S. 640 (1948)), le droit à un procès devant jury (*Brookhart v. Janis*, 384 U.S. 1 (1966)), le privilège de ne pas s’incriminer (*Escobedo v. Illinois*, 378 U.S., 478 (1964)), la protection contre la double incrimination (*Haddad v. U.S.*, 349 F.2d 511 (1965)), et le bénéfice de l’interdiction de procéder à des fouilles, perquisitions et saisies abusives (*Zap v. United States*, 328 U.S. 624 (1946)).

I have found no authority in any jurisdiction to support the proposition that equality rights guaranteed in the constitution may be waived or contracted out of and I prefer to leave this important question for decision in a case in which it is essential to the result. It is unnecessary to make that determination in this case because, in my view, the alternative means suggested by the appellants (i.e., voluntary retirement) is plainly a more constitutionally desirable way of achieving the objective of faculty renewal than any contract which forces a person to leave their employment against their will in return for economic gain.

For the reasons given by my colleague L'Heureux-Dubé J., as reinforced by the above, I conclude that the universities' provisions mandating retirement at age 65 cannot be justified under s. 1.

IV. What Is the Appropriate Remedy?

I turn now to the issue of the appropriate and just remedy under s. 24(1).

The appellants have requested: (1) a declaration that the universities have acted in a manner which infringes ss. 7 and 15 of the *Charter*; (2) a declaration that the appellants retain their status as full-time faculty and librarians and that they continue to be entitled to all the rights, privileges, benefits and remuneration of regular full-time appointments; (3) a permanent injunction restraining the universities from mandatorily retiring faculty and librarians contrary to their will; (4) an interlocutory injunction restraining the universities from mandatorily retiring full-time faculty and librarians upon their attaining the age of 65 and from restraining them from taking any steps toward depriving them of such status and such rights; and (5) damages for loss of the rights, benefits, privileges and remuneration attaching to regular full-time appointments.

One of the unique aspects of the *Charter* as a constitutional document is the fact that it includes several express provisions dealing with the author-

Je n'ai trouvé aucune source dans quelque ressort que ce soit à l'appui de la proposition qu'il est possible de renoncer aux droits à l'égalité garantis dans la Constitution ou de les écarter par contrat et je préfère que cette question importante soit tranchée dans une instance où elle sera essentielle à l'issue du litige. J'estime qu'il n'est pas nécessaire de me prononcer sur cette question en l'espèce parce que l'autre moyen proposé par les appelants (c'est-à-dire la retraite volontaire) est manifestement, sur le plan constitutionnel, une façon plus souhaitable de réaliser l'objectif de renouvellement du corps professoral que tout contrat qui oblige une personne à quitter son emploi contre son gré en échange d'un gain économique.

Pour les motifs de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé ainsi que pour les motifs qui précèdent, je conclus que les dispositions des universités sur la retraite obligatoire à 65 ans ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier.

IV. Quelle est la réparation convenable?

J'examine maintenant la question de la réparation convenable et juste en vertu du par. 24(1).

Les appelants ont demandé: (1) un jugement déclaratoire portant que les universités ont agi contrairement aux art. 7 et 15 de la *Charte*, (2) un jugement déclaratoire portant que les appelants conservent leurs statuts de professeurs et de bibliothécaires à temps plein et qu'ils continuent de bénéficier de tous les droits, privilèges, avantages et rémunérations liés aux emplois réguliers à temps plein, (3) une injonction permanente empêchant les universités de forcer les professeurs et les bibliothécaires à prendre leur retraite contre leur gré, (4) une injonction interlocutoire empêchant les universités de forcer les professeurs et les bibliothécaires à temps plein qui atteignent 65 ans à prendre leur retraite, et de prendre toutes les mesures visant à priver ceux-ci de leur statut et de leurs droits, et (5) des dommages-intérêts pour la perte des droits, des avantages, des privilèges et de la rémunération liés à leur emploi régulier à temps plein.

L'un des aspects uniques de la *Charte* comme document constitutionnel est le fait qu'elle comprend plusieurs dispositions expresses portant sur

ity of the Court to remedy *Charter* violations. In particular, s. 24(1) confers a broad discretion upon the Court to award such relief as it considers appropriate and just in the circumstances. It is s. 24(1) which gives this Court jurisdiction to award, if appropriate and just, the types of relief sought by the appellants in these appeals.

Dealing first with the suitability of a declaration that the universities have acted in a manner contrary to the *Charter*, the University of Toronto argues that this declaration should not be awarded. Counsel contends that the practical effect of the declaration will be the striking out of the termination provisions in the employment contracts between the University and the appellants. The University of Toronto maintains that this remedy is not appropriate because the term governing termination is a fundamental term of the contract and is therefore not severable. Consequently, either the entire employment contract must be done away with or any declaration which recognizes the continuation of the contract should provide that the contract is one of indefinite duration subject to termination for cause or upon due notice.

I do not agree with counsel for the University of Toronto that ordinary principles of contract should necessarily dictate which remedies are appropriate and just within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*. The history of the enactment of this provision has been usefully canvassed by Dale and Scott Gibson in their article, "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms," in Beaudoin and Ratushny (eds.), *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), at pp. 784-86. This history demonstrates that the remedial scope of s. 24(1) was not intended to be limited to that available at common law.

Additionally, I believe that different considerations respecting appropriate remedial relief should prevail when constitutional rights and freedoms as opposed to common law rights are at stake. Remedies in contract are guided by the principle of freedom of contract. Because bargain-

le pouvoir de la Cour de remédier aux violations de la *Charte*. En particulier, le par. 24(1) confère à la Cour un large pouvoir discrétionnaire d'accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances. C'est le par. 24(1) qui habilite notre Cour à accorder, si elle l'estime convenable et juste, les genres de réparation demandés par les appelants dans ces pourvois.

En ce qui concerne d'abord l'opportunité de rendre un jugement déclaratoire portant que les universités ont agi contrairement à la *Charte*, l'Université de Toronto soutient que ce jugement déclaratoire ne devrait pas être accordé. L'avocat soutient que l'effet pratique d'un tel jugement déclaratoire sera de supprimer les dispositions sur la cessation d'emploi dans les contrats de travail entre l'Université et les appelants. L'Université de Toronto soutient que cette réparation n'est pas convenable parce que la condition régissant la cessation d'emploi est une condition fondamentale et donc indivisible du contrat. Par conséquent, il faut supprimer le contrat de travail en entier, sinon tout jugement déclaratoire reconnaissant son maintien devrait prévoir que le contrat est de durée indéterminée à moins que l'on y mette fin pour un motif valable ou après avoir donné le préavis nécessaire.

Je ne partage pas l'avis de l'avocat de l'Université de Toronto que les principes ordinaires du droit des contrats devraient nécessairement dicter quelles sont les réparations convenables et justes au sens du par. 24(1) de la *Charte*. L'historique de l'adoption de cette disposition est examiné utilement par Dale et Scott Gibson dans leur article «La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans Beaudoin et Ratushny (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), aux pp. 873 à 875. L'historique révèle que la portée des réparations prévues par le par. 24(1) ne devait pas être limitée aux réparations disponibles en common law.

En outre, j'estime que des considérations différentes quant à la réparation convenable devraient s'appliquer lorsque des droits et libertés reconnus par la Constitution, par opposition à des droits reconnus en common law, sont en cause. En droit des contrats, les réparations sont régies par le

ing is seen as a wholly consensual activity, it is regarded as inappropriate for courts to award remedies which result, practically speaking, in the imposition of a new and different agreement. Where constitutional interests are implicated, on the other hand, freedom of contract must, in my opinion, necessarily play a lesser role. I believe that in the *Charter* context the courts should strive to preserve agreements while ridding them of their unconstitutional elements. To do otherwise, I think, would render a plaintiff's victory rather hollow since, if the entire contract is struck down, there would be no incentive for an unhappy defendant to enter into a new one with its erstwhile adversary.

While I am prepared to acknowledge that the preservation of the basic contract of employment would not in all cases be appropriate, I do not agree that ridding the contract of employment of its discriminatory terms in this case would be tantamount to re-writing the agreement. The universities will retain their common law and statutory rights to terminate the employment of faculty. Those rights will be limited only in so far as their exercise violates the *Charter*. I do not believe that the imposition of this limitation fundamentally alters the nature of these agreements or that the declaration will turn them into contracts of permanent employment.

I hasten to add that even if this Court were to decide that the contract should be struck down in its entirety the respondents would be left in largely the same position as if only the termination clause were struck down. I do not believe that, if the contract were struck down, the respondents would be perfectly free to refuse to enter into another agreement with the appellants. Such a refusal, in my view, would smack of unconstitutional animus and might well provide the appellants with another cause of action under s. 15.

I think therefore that the appellants are entitled to a declaration that the policies adopted by the universities mandating retirement at age 65 violate s. 15 of the *Charter* and that the provisions in their

principe de la liberté contractuelle. Puisque la négociation est considérée comme une activité entièrement consensuelle, on estime qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'accorder des réparations dont le résultat, en pratique, revient à imposer une convention nouvelle et différente. Par contre, lorsque des droits constitutionnels sont en jeu, j'estime que la liberté contractuelle doit jouer un rôle moins important. J'estime que dans le contexte de la *Charte* les tribunaux devraient s'efforcer de préserver les accords tout en les débarrassant de leurs éléments inconstitutionnels. J'estime qu'agir autrement rendrait la victoire d'un demandeur plutôt vaine puisque, si le contrat est annulé en entier le défendeur qui a échoué ne serait pas motivé à conclure un nouveau contrat avec son adversaire d'autrefois.

Bien que je sois prête à reconnaître que le maintien du contrat de travail de base ne serait pas approprié dans tous les cas, je ne partage pas l'avis que débarrasser le contrat de travail en l'espèce de ses conditions discriminatoires reviendrait à réécrire l'accord. Les universités vont conserver leurs droits reconnus par la common law et la législation de mettre fin à l'emploi d'un professeur. Ces droits ne seront restreints que dans la mesure où leur exercice viole la *Charte*. Je ne crois pas que l'imposition de cette restriction modifie fondamentalement la nature de ces accords ni que le jugement déclaratoire en fera des contrats d'emploi permanent.

Je m'empresse d'ajouter que, même si notre Cour devrait décider que le contrat devrait être annulé en entier, les intimés se retrouveraient en bonne partie dans la même situation que si seulement la clause de cessation d'emploi était annulée. Je ne crois pas que, si le contrat était annulé, les intimés seraient tout à fait libres de refuser de conclure un autre contrat avec les appelants. À mon avis, ce refus traduirait une intention inconstitutionnelle et pourrait bien fournir aux appelants une autre cause d'action en vertu de l'art. 15.

Je pense donc que les appelants ont droit à un jugement déclaratoire portant que les politiques de mise à la retraite obligatoire à 65 ans adoptées par les universités violent l'art. 15 de la *Charte* et que

contracts implementing this policy are of no force or effect.

With respect to the request for the second affirmative declaration, it is my opinion that the awarding of this remedy is also appropriate and just in the circumstances. The declaration sought closely resembles what are known in the labour law context as "reinstatement orders". While reinstatement has not generally been awarded in cases of wrongful dismissal, it is quite frequently awarded by the more specialized labour adjudicators, such as labour arbitrators, labour boards, and human rights tribunals. In my opinion, the Court in exercising its discretion under s. 24(1) should follow this more generous trend of the labour relations specialists.

The circumstances in this case strongly suggest that reinstatement is an appropriate and just remedy. The evidence demonstrates the paucity of academic positions currently available in the universities. For older academics improperly ousted from their positions the probability of locating comparable work will be slight. The fact that the appellants are older, coupled with the fact that they have all been granted full tenure, militates against the likelihood of their finding suitable and similar employment. Additionally, it should be noted that the rights of the appellants which have been infringed pertain to their dignity and sense of self-worth and self-esteem as valued members of the community, values which are at the very centre of the *Charter*. It would be insufficient, in my view, to make any order which does not seek to redress the harm which flows from the violations of this interest. Reinstatement is clearly the most effective way of righting the wrong that has been caused to the appellants. I would therefore order full reinstatement with all the attendant benefits.

Similarly, I believe it is appropriate and just in these circumstances to award compensatory damages for the loss of income and benefits sustained by the appellants through the breach of their s. 15 rights. Compensation for losses which flow as a direct result of the infringement of constitutional

les dispositions de leurs contrats qui mettent à exécution cette politique sont inopérantes.

Quant à la demande d'un deuxième jugement déclaratoire affirmatif, j'estime que cette réparation est également convenable et juste eu égard aux circonstances. Le jugement déclaratoire demandé ressemble beaucoup à ce qui est connu dans le contexte du droit du travail comme des «ordonnances de réintégration». Bien que la réintégration n'ait pas généralement été accordée dans les cas de congédiement illégal, elle est souvent accordée par les décideurs plus spécialisés en droit du travail, comme les arbitres, les commissions des relations du travail et les tribunaux des droits de la personne. À mon avis, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui accorde le par. 24(1), la Cour devrait suivre cette tendance plus généreuse des spécialistes des relations du travail.

Les circonstances en l'espèce indiquent fortement que la réintégration est une réparation convenable et juste. La preuve démontre la rareté des postes d'enseignement dans les universités à l'heure actuelle. Pour les professeurs plus âgés écartés injustement de leur poste, la probabilité de trouver du travail comparable est faible. Parce que les appelants sont plus âgés et parce qu'ils ont tous obtenu la permanence, il est moins probable qu'ils trouveront un travail approprié et semblable. En outre, il convient de souligner que les droits des appelants qui ont été violés se rapportent à leur dignité, à leur valorisation personnelle et à leur estime de soi comme membres appréciés de la collectivité, et donc à des valeurs qui sont au cœur même de la *Charte*. À mon avis, il ne suffirait pas de rendre une ordonnance qui ne cherche pas à réparer le préjudice qui découle des violations de ce droit. La réintégration est certainement le moyen le plus efficace de corriger le tort qui a été causé aux appelants. Je suis donc d'avis d'ordonner la réintégration complète des appelants avec tous les avantages qui s'y rattachent.

De même, j'estime qu'il est convenable et juste dans les circonstances d'accorder des dommages-intérêts compensatoires pour la perte de revenus et d'avantages résultant de la violation des droits qu'ont les appelants en vertu de l'art. 15. L'indemnisation des pertes qui découlent directement de la

rights should generally be awarded unless compelling reasons dictate otherwise. Such compelling reasons have not been advanced in this case. I recognize that the enforced retirement of the appellants was not motivated by unconstitutional animus but rather by the severe fiscal restraints under which the universities have been forced to operate. I also appreciate that an award of damages in addition to reinstatement will place an additional monetary burden on these already financially strapped institutions. Impecuniosity and good faith are not, however, a proper basis on which to deny an award of compensatory damages. Such damages are clearly part of the web of remedies that go to make an injured party whole. Accordingly, I would award compensation for losses suffered, the matter to be remitted back to the trial judge for his determination.

Finally, with respect to the request for both an interlocutory and a permanent injunction, I do not believe that they should be awarded in this case. In my view the appellants are "made whole" by virtue of their having been awarded the declaration, the order for reinstatement and the order for damages. There is no apparent need for additional relief and I would deny it on that basis.

V. Does Section 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* Infringe Section 15 of the *Charter*?

In light of the conclusion I have reached respecting the applicability of the *Charter* to the universities, it is not strictly necessary for me to address the constitutional questions relating to the *Human Rights Code, 1981*. However, as my colleagues have approached the mandatory retirement issue through the Code, it might be helpful for me to express an opinion on this as well. The relevant provisions of the *Human Rights Code, 1981*, are as follows:

4.—(1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic

violation de droits constitutionnels devrait normalement être accordée sous réserve de raisons sérieuses contraires. Pareilles raisons sérieuses n'ont pas été soumises en l'espèce. Je reconnais que la mise à la retraite obligatoire des appelants n'était pas motivée par une intention inconstitutionnelle mais plutôt par les restrictions budgétaires sévères en fonction desquelles les universités doivent fonctionner. Je suis également consciente que le fait d'accorder des dommages-intérêts en plus de la réintégration impose un fardeau financier supplémentaire à ces institutions qui sont déjà à court d'argent. Cependant, le manque d'argent et la bonne foi ne peuvent servir de justification valable pour refuser d'accorder des dommages-intérêts compensatoires. Ces dommages font clairement partie de l'éventail des réparations qui servent à rétablir la situation d'une partie lésée. Par conséquent, je suis d'avis d'accorder une indemnité pour les pertes subies, l'affaire étant renvoyée au juge de première instance pour qu'il en fixe le montant.

Enfin, quant aux demandes d'injonctions interlocutoire et permanente, je ne crois pas qu'elles devraient être accordées en l'espèce. À mon avis, les appelants sont rétablis dans leur situation en raison du jugement déclaratoire, de l'ordonnance de réintégration et de l'ordonnance de dommages-intérêts qui leur ont été accordés. Cette réparation additionnelle n'est justifiée par aucun besoin apparent et je la refuse pour cette raison.

V. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* contrevient-il à l'art. 15 de la *Charte*?

Compte tenu de ma conclusion quant à l'applicabilité de la *Charte* aux universités, il n'est pas vraiment nécessaire que j'examine les questions constitutionnelles relatives au *Code des droits de la personne, 1981*. Cependant, puisque mes collègues ont abordé la question de la retraite obligatoire sous l'angle du Code, il pourrait être utile que j'exprime également mon opinion sur la question. Les dispositions pertinentes du *Code des droits de la personne, 1981* sont les suivantes:

[TRADUCTION] 4.—(1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance,

origin, citizenship, creed, sex, age, record of offences, marital status, family status or handicap.

9. In Part I and in this Part,

(a) "age" means an age that is eighteen years or more, except in subsection 4 (1) where "age" means an age that is eighteen years or more and less than sixty-five years;

23. The right under section 4 to equal treatment with respect to employment is not infringed where,

(b) the discrimination in employment is for reasons of age, sex, record of offences or marital status if the age, sex, record of offences or marital status of the applicant is a reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment;

Section 9(a) does not impose mandatory retirement. Rather, it limits the protections offered by the Code in the employment context to those between the ages of 18 and 65. For those who fall within this age spectrum the Code protects them from discrimination in employment except in so far as the "discrimination" results from the operation of a *bona fide* occupational qualification. As we are dealing in these appeals with discrimination against those over 65, I express no comment on the legislated threshold age of 18 in s. 9(a). The question to be addressed by this Court, therefore, is whether the *Charter* is infringed when all protection against employment discrimination based upon age is denied those over the age of 65.

It has been argued by the respondents as well as by some of the interveners that this limit upon the reach of the Code does not offend the *Charter* because the province was under no obligation to provide any protection against discrimination in the first place. They say that absent such an obligation there is no room for constitutional scrutiny of the state's failure to go far enough in legislating human rights protection. It is not self-evident to me that government could not be found to be in breach of the *Charter* for failing to act. Whether the Constitution is implicated when the state fails to do something is a question which has plagued the American courts for many years.

le sexe, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

9. Les définitions qui suivent s'appliquent à la partie I et à la présente partie.

a) «âge» Dix-huit ans ou plus, sauf au paragraphe 4(1), où le terme «âge» s'entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans.

23. Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 4, à un traitement égal en matière d'emploi le fait:

b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge, le sexe, l'existence d'un casier judiciaire ou l'état matrimonial, si l'âge, le sexe, le casier judiciaire ou l'état matrimonial du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;

L'alinéa 9a) n'impose pas la retraite obligatoire. Il restreint plutôt les protections qu'offre le Code aux personnes âgées de 18 à 65 ans dans le contexte du travail. Le Code leur accorde une protection contre la discrimination en matière d'emploi sauf si la «discrimination» est le résultat de l'application d'une exigence professionnelle normale. Puisque ces pourvois se rapportent à une discrimination envers les personnes de plus de 65 ans, je n'exprime aucun avis sur le seuil de 18 ans que fixe l'al. 9a). La question que doit trancher notre Cour est donc de savoir s'il y a violation de la *Charte* lorsque toute protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi est refusée aux personnes de plus de 65 ans.

Les intimés ainsi que certains des intervenants ont soutenu que cette restriction de la portée du Code ne contrevient pas à la *Charte* parce qu'au départ la province n'était pas tenue d'accorder une protection contre la discrimination. Ils affirment qu'en l'absence d'une telle obligation, il ne peut y avoir d'examen constitutionnel du fait que l'État n'est pas allé assez loin en légiférant en matière de protection des droits de la personne. Selon moi, il n'est pas évident en soi que le gouvernement ne pourrait être reconnu coupable de violation de la *Charte* pour avoir omis d'agir. La question de savoir si la Constitution entre en jeu lorsque l'État omet de faire quelque chose est une question qui a

Indeed, Tribe has commented that it is precisely when the state has not acted that the court is called upon to make the most difficult determinations regarding the scope of the Constitution: see *Constitutional Choices*, *supra*, at pp. 246 et seq. Since this is not an instance where the province has completely failed to act, we are happily relieved from deciding such a difficult question on these appeals, and I refrain from doing so. I do, however, consider it axiomatic that once government decides to provide protection it must do so in a non-discriminatory manner. It seems clear to me that in this instance the province has failed to provide even-handed protection. The contention that the *Charter* has no application in this circumstance must therefore be emphatically rejected: see *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.).

As noted in the factum of the appellants, s. 9(a) discriminates because it does not distinguish between those who are and those who are not able to work. In this way, the section operates to perpetuate the stereotype of older persons as unproductive, inefficient, and lacking in competence. By denying protection to these workers the Code has the effect of reinforcing the stereotype that older employees are no longer useful members of the labour force and their services may therefore be freely and arbitrarily dispensed with. Thus, s. 9(a) of the Code infringes s. 15 of the *Charter*.

VI. Can Section 9(a) of the Human Rights Code, 1981 Be Justified Under Section 1 of the Charter?

It is submitted on behalf of the respondents that because the government was under no obligation to enact human rights legislation in the first place, and because the overall thrust of such legislation is to extend rather than limit rights, the Code should be subject to less strict scrutiny than would otherwise be the case. For the reasons I have already expressed, it is my view that this approach is not acceptable. Indeed, I would have thought that, if anything, human rights legislation which is intended to preserve, protect and promote human dignity and individual self-worth and self-esteem should

tourmenté les tribunaux américains depuis nombre d'années. En effet, Tribe a souligné que c'est précisément lorsque l'État n'a pas agi que les tribunaux sont appelés à rendre les décisions les plus difficiles concernant la portée de la Constitution: voir *Constitutional Choices*, précité, aux pp. 246 et suiv. Puisqu'il ne s'agit pas d'un cas où la province a complètement omis d'agir, nous n'avons pas heureusement à nous prononcer sur une question si difficile dans ces pourvois et je m'abstiendrai de le faire. Je pense cependant qu'il est évident que lorsque le gouvernement décide d'accorder une protection il doit le faire d'une manière non discriminatoire. Il me semble clair qu'en l'espèce la province a omis d'accorder une protection égale. La prétention que la *Charte* ne s'applique pas dans ces circonstances doit donc être catégoriquement rejetée: voir *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.).

Comme les appelants l'ont souligné dans leur mémoire, l'al. 9a) est discriminatoire parce qu'il ne fait pas de distinction entre ceux qui sont capables de travailler et ceux qui ne le sont pas. Ainsi, la disposition a pour effet de perpétuer le stéréotype selon lequel la personne plus âgée est improductive, inefficace et incompétente. En ne protégeant pas ces travailleurs, le Code a pour effet de renforcer le stéréotype selon lequel les employés plus âgés ne sont plus des membres utiles de la population active et on peut donc librement et arbitrairement se passer de leurs services. L'alinéa 9a) du Code contrevient donc à l'art. 15 de la *Charte*.

VI. L'alinéa 9a) du Code des droits de la personne, 1981 peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

On prétend au nom des intimés que parce que le gouvernement n'était pas tenu, au départ, d'adopter une loi en matière de droits de la personne et parce que l'objet global de cette loi est d'étendre les droits plutôt que de les restreindre, le Code devrait faire l'objet d'un examen moins sévère. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, j'estime que cette interprétation n'est pas acceptable. En effet, j'aurais à tout le moins cru que la législation en matière de droits de la personne, dont le but est de préserver, protéger et promouvoir la dignité humaine, la valorisation personnelle et l'estime de

be subjected to more rigorous scrutiny than other types of legislation. I therefore reject the submissions advanced in support of a less stringent standard of review of s. 9(a) of the Code.

The joint operation of s. 9(a) and s. 4 of the Code results in mandatory retirement's being permitted without limitation or restraint. Since I have agreed with L'Heureux-Dubé J. that mandatory retirement in the universities is constitutionally invalid, it follows that s. 9(a) infringes the *Charter* at least to the extent that it allows this discriminatory practice. I believe, however, that s. 9(a) of the Code infringes the *Charter* on much broader grounds.

Section 9(a) not only implicitly permits mandatory retirement; it also implicitly operates to permit all forms of age discrimination in the employment context for those over the age of 65. For instance, discriminatory discipline, remuneration and job classification are also not prohibited by the Code. Thus, even although the Attorney General has confined his submissions respecting the Code to the value of mandatory retirement in furthering the objectives of the legislature, it is clear that s. 9(a) is not so limited. In my view, because this provision of the Code does not deal exclusively with mandatory retirement and confine itself to the stated objectives of the legislature in enacting it, the rational connection branch of the *Oakes* test is not met. This point is extremely important since in choosing the appropriate disposition of the constitutional challenge, the Court must be guided by the extent to which the provision is inconsistent with the *Charter*. In my view, the scope of the breach is so great in this instance there is little alternative but to strike down s. 9(a) as a whole. I would therefore concur with my colleague L'Heureux-Dubé J. that the section in its entirety is unconstitutional and of no force or effect.

Even although I would be prepared to base my decision on this aspect of these appeals on this ground alone, I join my colleague in finding that s. 9(a) would not, in any event, pass the second

soi, devrait faire l'objet d'un examen plus sévère que les autres types de lois. Je rejette donc les arguments à l'appui d'une norme d'examen moins sévère de l'al. 9a) du Code.

^a L'application conjointe de l'al. 9a) et de l'art. 4 du Code a pour effet d'imposer la retraite obligatoire sans limite ni restriction. Puisque je partage l'avis du juge L'Heureux-Dubé que la retraite obligatoire dans les universités est inconstitutionnelle, il s'ensuit que l'al. 9a) contrevient à la *Charte* dans la mesure à tout le moins où il permet cette pratique discriminatoire. J'estime cependant que l'al. 9a) du Code contrevient à la *Charte* pour des motifs beaucoup plus généraux.

^d L'alinéa 9a) ne fait pas que permettre implicitement la retraite obligatoire, il a également pour effet implicitement de permettre toute forme de discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi à l'égard de ceux qui ont plus de 65 ans. Par exemple, la discipline, la rémunération et la classification des postes d'une manière discriminatoire ne sont pas non plus interdites par le Code. Ainsi, même si le Procureur général a restreint ses arguments concernant le Code à la valeur de la retraite obligatoire dans la poursuite des objectifs du législateur, il est clair que l'al. 9a) n'est pas ainsi limité. À mon avis, parce que cette disposition du Code ne porte pas exclusivement sur la retraite obligatoire et ne se restreint pas aux objectifs avoués du législateur lorsqu'il l'a adoptée, le critère de l'arrêt *Oakes*, en ce qui concerne le lien rationnel, n'est pas rempli. Cette affirmation est extrêmement importante parce qu'en choisissant la bonne solution de la contestation constitutionnelle la Cour doit tenir compte de l'étendue de l'incompatibilité de la disposition avec la *Charte*. À mon avis, la portée de la violation est tellement grande en l'espèce qu'il n'y a pas vraiment d'autre choix que d'annuler l'al. 9a) en entier. Je partage donc l'opinion de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé que la disposition est inconstitutionnelle en entier et inopérante.

^j Même si je suis prête à fonder sur ce seul motif ma décision sur cet aspect de ces pourvois, je partage la conclusion de ma collègue que l'al. 9a) ne pourrait pas de toute façon survivre au

branch of the *Oakes* proportionality test, i.e., minimal impairment.

The Attorney General has sought to justify the section on the ground that it preserves freedom of contract. In particular, the Attorney General asserts that mandatory retirement comes as a "package deal" through which older employees get a number of benefits in return for the forfeiture of their constitutional right to work past the age of 65. In my view, even if this Court were to hold that citizens can contract out of their s. 15 rights (which is an important question which I do not find it necessary to decide in these appeals) attractive "package deals" are not universally available to all employees. For instance, with respect to the argument concerning pensions advanced by the Attorney General, it is clear that a great many workers in the Province of Ontario are not fortunate enough to be members of private pension schemes. The evidence has established that there is a very high correlation between the existence of such pension plans and unionization. But the statistics show that the vast proportion of the workforce is unorganized. The preservation of pension schemes has therefore very little relevance in the case of the majority of working people in Ontario. This problem is exacerbated when the demographics of this portion of the workforce is examined. Immigrant and female labour and the unskilled comprise a disproportionately high percentage of unorganized workers. This group represents the most vulnerable employees. They are the ones who, if forced to retire at age 65, will be hardest hit by the lack of legislative protection.

In addition, even in relation to the organized sector of the work force, serious problems remain. The statistics show that women workers generally are unable to amass adequate pension earnings during their working years because of the high incidence of interrupted work histories due to child bearing and child rearing. Thus, the imposition of

deuxième volet du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, c'est-à-dire l'atteinte minimale.

Le Procureur général a tenté de justifier la disposition en affirmant qu'elle préserve la liberté contractuelle. En particulier, le Procureur général affirme que la retraite obligatoire fait partie d'une entente globale en vertu de laquelle les employés plus âgés bénéficient d'un certain nombre d'avantages en échange de la renonciation à leur droit constitutionnel de continuer à travailler après l'âge de 65 ans. À mon avis, même si notre Cour décidait que les citoyens peuvent écarter par contrat les droits que l'art. 15 leur reconnaît (ce qui est une question importante que je ne juge pas nécessaire de trancher dans ces pourvois), ces ententes globales attrayantes ne sont pas à la portée de tous les employés. Par exemple, en ce qui concerne l'argument du Procureur général sur les pensions, il est clair qu'un grand nombre de travailleurs de la province de l'Ontario n'ont pas la chance de bénéficier de régimes de pension privés. La preuve indique qu'il y a une corrélation très étroite entre l'existence de ces régimes de pension et la syndicalisation. Mais les statistiques révèlent que la vaste majorité des travailleurs ne sont pas syndiqués. Le maintien des régimes de pension n'a donc pas vraiment d'importance pour la majorité des travailleurs en Ontario. Ce problème est d'autant plus grave lorsqu'on examine les statistiques démographiques de cette partie de la population active. Les immigrants, les femmes et les travailleurs non spécialisés représentent un pourcentage très disproportionné des travailleurs non syndiqués. Ce groupe représente les employés les plus vulnérables. Ce sont eux qui, s'ils sont obligés de prendre leur retraite à 65 ans, seront les plus durement touchés par l'absence de protection législative.

En outre, même en ce qui concerne la partie syndiquée de la population active, il y a encore de graves problèmes. Les statistiques révèlent que les femmes au travail sont généralement moins en mesure d'accumuler suffisamment de prestations de retraite au cours de leur vie active parce que la probabilité qu'elles interrompent leur travail pour des questions de maternité et d'éducation des enfants est élevée. Par conséquent, l'imposition de la retraite obligatoire ne soulève pas seulement des

mandatory retirement raises not only issues of age discrimination but also may implicate other s. 15 rights as well.

In my view, when the majority of individuals affected by a piece of legislation will suffer disproportionately greater hardship by the infringement of their rights, it cannot be said that the impugned legislation impairs the rights of those affected by it as little as reasonably possible. I conclude therefore that, even if it is acceptable for citizens to bargain away their fundamental human rights in exchange for economic gain (and I see some real dangers to the more vulnerable numbers of our society in this), the fact of the matter is that the majority of working people in the province do not have access to such arrangements. I do not believe, therefore, that the minimal impairment requirement is met.

VII. Disposition

I would allow the appeal on the basis that the *Charter* applies to the respondents, that the respondents' mandatory retirement policy violates s. 15 of the *Charter* and that it is not saved by s. 1.

I would issue a declaration that the respondents have acted in a manner contrary to the *Charter*, direct the respondents to reinstate the appellants, and award the appellants damages in an amount to be determined by the trial judge. I would deny the claim for a permanent and interlocutory injunction.

I would answer the constitutional questions posed by Chief Justice Dickson as follows:

1. Does s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, violate the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. Is s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code*, 1981, S.O. 1981, c. 53, demonstrably justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

No.

questions de discrimination fondée sur l'âge mais vise également d'autres droits reconnus par l'art. 15.

À mon avis, si la majorité des personnes touchées par une loi subissent un préjudice démesurément grave par suite de la violation de leurs droits, on ne peut affirmer que la loi contestée porte le moins raisonnablement possible atteinte aux droits des personnes visées par celle-ci. Je conclus donc que, même s'il est acceptable que les citoyens écartent par entente leurs droits fondamentaux en échange d'un gain économique (et j'entrevois de réels dangers à l'égard des membres les plus vulnérables de notre société à ce propos), il reste que la majorité des travailleurs de la province n'ont pas accès à de tels arrangements. J'estime donc que le critère de l'atteinte minimale n'est pas rempli.

VII. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi pour le motif que la *Charte* s'applique aux intimés, que la politique de mise à la retraite obligatoire des intimés viole l'art. 15 de la *Charte* et qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier.

Je suis d'avis de rendre un jugement déclaratoire portant que les intimés ont agi de manière contraire à la *Charte*, d'ordonner aux intimés de réintégrer les appelants dans leurs fonctions, et d'accorder aux appelants des dommages-intérêts dont le juge de première instance fixera le montant. Je suis d'avis de rejeter les demandes d'injonctions permanente et interlocutoire.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef Dickson de la façon suivante:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne*, 1981 de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne*, 1981 de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Non.

3. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the mandatory retirement provisions of the respondent universities?

Yes.

4. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, do the mandatory retirement provisions enacted by each of them infringe s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

5. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, are the mandatory retirement provisions enacted by each of them demonstrably justified by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

No.

I would award the appellants their costs both here and in the courts below.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the opportunity of reading the opinion of my colleague Justice La Forest and, with respect, I must dissent. While I do not entirely disagree with his contention that universities are not part of government for the purposes of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I cannot concur with my colleague's conclusions regarding s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53. The following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson on August 30, 1988:

1. Does s. 9(a) of the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, violate the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Is s. 9(a) of the *Ontario Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, demonstrably justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?
3. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the mandatory retirement provisions of the respondent universities?

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

Oui.

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Non.

Je suis d'avis d'accorder aux appelants leurs dépens tant devant notre Cour que devant les tribunaux d'instance inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et, en toute déférence, je diffère d'opinion. Bien que je ne sois pas entièrement en désaccord avec son affirmation que les universités ne font pas partie du gouvernement aux fins de la *Charte canadienne des droits et libertés*, je ne puis souscrire à ses conclusions concernant l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53. Le 30 août 1988, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?
3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

4. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, do the mandatory retirement provisions enacted by each of them infringe s. 15(1) of the *Charter*?

5. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, are the mandatory retirement provisions enacted by each of them demonstrably justified by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the rights guarantee by s. 15(1) of the *Charter*?

My colleague addresses questions 3, 4, and 5 first and while I agree that universities may not have all of the necessary governmental touchstones so as to be considered public bodies, neither can they be considered as wholly private in nature. In addition to establishing that a university's internal decisions are subject to judicial review, *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, recognized that their creation, funding, and conduct are governed by statute.

The fact that universities are substantially publicly funded cannot, in my view, be easily discounted. My colleague deals with this when he says at p. 274:

It is true that there are some cases where United States courts did hold that significant government funding constitutes sufficient state involvement to trigger constitutional guarantees, but these were largely confined to cases of racial discrimination which was the prime target of the 14th Amendment.

However, it must be recalled that in Canada, unlike the U.S., age is on par with race, sex, religion, etc., in terms of s. 15 equality protection. Furthermore, the private versus state university distinction, so prevalent in the U.S., is substantially diluted in Canada.

Nevertheless, while universities may perform certain public functions that could attract *Charter* review, I am able to accept that the hiring and firing of their employees are not properly included within this category. In *Harrison v. University of British Columbia* (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145, a

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Mon collègue examine d'abord les troisième, quatrième et cinquième questions et, bien que je convienne que les universités ne possèdent peut-être pas tous les éléments de nature gouvernementale nécessaires pour être considérées comme des organismes publics, elles ne peuvent pas non plus être considérées comme des organismes entièrement privés. En plus d'établir que les décisions internes d'une université sont sujettes au contrôle judiciaire, l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, reconnaît que leur création, leur financement et leur fonctionnement sont régis par des lois.

Le fait que les universités sont financées de façon substantielle à même les fonds publics ne peut, à mon avis, être facilement écarté. Mon collègue en traite lorsqu'il dit à la p. 274:

Il est vrai qu'il existe des cas où les tribunaux américains ont conclu que la participation financière importante du gouvernement suffisait à déclencher l'application des garanties constitutionnelles, mais il s'agissait dans bien des cas de discrimination raciale, principale cible du Quatorzième amendement.

Il convient cependant de rappeler qu'au Canada, contrairement aux États-Unis, l'âge va de pair avec la race, le sexe, la religion, etc., en ce qui concerne le droit à l'égalité que protège l'art. 15. En outre, la distinction entre les universités privées et les universités publiques ou d'État, si courante aux États-Unis, est considérablement atténuée au Canada.

Quoi qu'il en soit, bien que les universités puissent exécuter certaines fonctions publiques qui justifieraient un contrôle fondé sur la *Charte*, je reconnais que l'embauche et le renvoi de leurs employés ne tombent pas vraiment dans cette catégorie. Dans l'arrêt *Harrison v. University of*

companion case heard and delivered concurrently with the present appeal, the British Columbia Court of Appeal examined the relationship between the government and the university by looking at the legislation under which the university operates, and the legislation to which it is subject. The University of British Columbia is a statutory body, whose mandate is functionally identical to those of the respondent universities for the purposes of this case. Following a careful analysis of the relationship between government and the university, the court concluded, at pp. 152-53, that:

... the fact that the university is fiscally accountable under these statutes does not establish government control or influence upon the core functions of the university and, in particular, upon the policy and contracts in issue in this case.

... Neither the legislature nor the executive ordered, suggested or in any way caused the university to adopt its mandatory retirement scheme ...

[Furthermore], [i]t is the university's private contracts of employment which are alleged to conflict with the Charter, not its delegated public functions. Without wishing to suggest that the conduct of the university might never be subject to the Charter, it appears clear that the conduct represented by those contracts is not. [Emphasis added.]

I agree. In so saying, however, I do not mean to disagree with the test proposed by my colleague, Justice Wilson, as to the scope of government and government action for the purposes of s. 32(1) of the *Charter*. But, even under that broad test, I remain of the view that the respondent universities do not qualify for essentially the reasons outlined by my colleague La Forest J. I would only add that an historical analysis yields the same result as the functional approach: universities do not pass the test. Canadian universities have always fiercely defended their independence. This dates back to the founding of the French and British colonies. At Confederation there were 17 degree-granting institutions in the founding provinces. The University of King's College, now in Halifax, was founded in 1789. One of the original colleges of higher learn-

British Columbia. (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145, un pourvoi connexe entendu en même temps que celui-ci et dont les motifs sont rendus simultanément, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a analysé les rapports entre le gouvernement et les universités en examinant la loi habilitante de l'université et les lois auxquelles elle est assujettie. L'Université de la Colombie-Britannique est un organisme créé par la loi dont le mandat est identique en ce qui concerne le fonctionnement à celui des universités intimées aux fins de ce pourvoi. Après avoir examiné minutieusement les rapports entre le gouvernement et l'université, la cour conclut, aux pp. 152 et 153, que:

[TRADUCTION] ... le fait que ces lois rendent l'université responsable financièrement ne prouve pas que le gouvernement exerce un contrôle ou une influence sur les fonctions essentielles de l'université et, en particulier, sur les politiques et les contrats dont il est question en l'espèce.

... Ni le législateur ni le pouvoir exécutif n'ont ordonné ou proposé à l'université d'adopter son régime de retraite obligatoire ni ne l'ont amenée à le faire ...

[En outre, ce] sont les contrats d'emploi privés de l'université que l'on prétend être en conflit avec la *Charte*, et non les fonctions publiques qui lui ont été déléguées. Sans vouloir laisser entendre que la conduite de l'université ne peut jamais être assujettie à la *Charte*, il semble clair que la conduite qui ressort de ces contrats ne l'est pas. [Je souligne.]

Je suis d'accord. Ce faisant, cependant, je n'entends pas être en désaccord avec le test proposé par ma collègue le juge Wilson quant à l'étendue du gouvernement et de l'action gouvernementale aux fins du par. 32(1) de la *Charte*. Mais, même en vertu de ce test large, je demeure d'avis que les universités intimées ne peuvent être qualifiées de gouvernement, essentiellement pour les motifs exposés par mon collègue le juge La Forest. J'ajouterais seulement qu'une analyse historique donne le même résultat que la méthode fonctionnelle: les universités ne résistent pas au test. Les universités canadiennes ont toujours défendu féroce-ment leur indépendance. Cela remonte au début des colonies française et britannique. À la Confédération, il y avait 17 institutions qui accordaient des diplômes dans les provinces fondatrices. L'Université King's

ing was the Séminaire de Québec, founded by Monseigneur Laval in 1663, which later spawned Laval University in 1852. The educational tradition at Laval has remained a confessional and self-sufficient university for hundreds of years. Still today, while funded to a great extent out of public money, it is autonomous: it is governed by a body of its own choice and determines its policies without government intervention. Similarly, McGill University has a Board of Governors which acts independently, although it needs government funding to survive. The same can be said of most, if not all, of Canada's universities. One can even think of the survival of universities without government funding. Government funding cannot *per se* imply "government", otherwise even small business, which receives government subsidies, could be labelled "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*. I have no doubt that this meaning was never intended nor can s. 32 be reasonably interpreted in that fashion. The word "government", as generally understood and in my view, never contemplated universities as they were and are currently constituted.

Hence, given this conclusion with respect to the third constitutional question, that the impugned contractual arrangement between the universities and their employees is not "governmental" in character, questions four and five need not be answered. The complex role of universities should nevertheless be recognized when assessing proportionality and minimum impairment considerations under the *Human Rights Code, 1981* the various bodies it attaches to, and its lack of protection against mandatory retirement of university professors and other employees over the age of 65. I turn then to the discussion of constitutional questions one and two, which address these concerns.

Collegé, maintenant à Halifax, a été fondée en 1789. Un des premiers établissements d'enseignement supérieur a été le Séminaire de Québec, fondé par monseigneur Laval en 1663, qui est plus tard devenu l'Université Laval en 1852. Laval est demeurée une université confessionnelle et auto-suffisante pendant une centaine d'années. Encore aujourd'hui, bien que financée dans une grande mesure par des fonds publics, elle est autonome: elle est régie par un organisme qu'elle a elle-même choisi et elle établit ses politiques sans intervention gouvernementale. De même, l'Université McGill a un conseil des gouverneurs qui agit indépendamment, même si elle a besoin de fonds gouvernementaux pour survivre. On peut dire la même chose de la plupart, sinon de la totalité, des universités canadiennes. On peut même penser à la survie des universités sans financement gouvernemental. Le financement gouvernemental ne peut pas en soi signifier «gouvernement», sinon même les petites et moyennes entreprises, qui reçoivent des subventions gouvernementales, pourraient se voir accoler l'étiquette de «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Je n'entretiens aucun doute que cette interprétation n'ait jamais été voulue et qu'on ne peut raisonnablement interpréter l'art. 32 de cette manière. Suivant le sens qu'on lui attribue généralement et dans mon esprit, le mot «gouvernement» n'a jamais englobé les universités telles qu'elles étaient et telles qu'elles sont actuellement constituées.

Étant donné cette conclusion quant à la troisième question constitutionnelle, soit que l'entente contractuelle en question entre les universités et leurs employés n'est pas de nature «gouvernementale», il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de répondre aux quatrième et cinquième questions. Il faut néanmoins reconnaître le rôle complexe des universités lorsqu'il s'agit d'évaluer les critères de proportionnalité et d'atteinte minimale en vertu du *Code des droits de la personne, 1981*, les divers organismes qui s'y rattachent et son absence de protection contre la retraite obligatoire des professeurs d'université et des autres employés de plus de 65 ans. J'entreprends donc l'examen des première et deuxième questions constitutionnelles qui portent sur ces questions.

Section 9(a) of the Human Rights Code, 1981

The *Human Rights Code, 1981* was enacted in 1981, and therefore pre-dates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which was promulgated in April, 1982. As Blair J.A., dissenting at the Court of Appeal (1987), 63 O.R. (2d) 1, stated at p. 66:

Thus, when the Code was passed, the legislature had untrammelled authority to deprive persons over the age of 65 of any protection with respect to employment. The extracts from the debates of the legislature referred to by my brothers show that the Code was adopted with the knowledge that employees in the province could be compulsorily retired at the age of 65. It is idle to speculate whether the Code would have been enacted in this form after s. 15(1) of the Charter took effect in 1985. The Code must be accepted as it is.

Furthermore, as MacKinnon A.C.J.O. maintained regarding pre-Charter legislation in *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), at p. 125:

This supreme law was enacted long after the *Juvenile Delinquents Act* and there can be no presumption that the legislators intended to act constitutionally in light of legislation that was not, at that time, a gleam in its progenitor's eye.

The question then becomes: Does s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* infringe upon s. 15 of the *Charter*?

Section 15 of the Charter

Section 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* provides that:

9. (1) In Part I and in this Part,

(a) "age" means an age that is eighteen years or more, except in subsection 4 (1) where "age" means an age that is eighteen years or more and less than sixty-five years;

Section 4(1) stipulates that:

4. — (1) Every person has a right to equal treatment with respect to employment without discrimination because of race, ancestry, place of origin, colour, ethnic

L'alinéa 9a) du Code des droits de la personne, 1981

Le *Code des droits de la personne, 1981* a été adopté en 1981, donc avant l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* en avril 1982. Comme le juge Blair, dissident en Cour d'appel (1987), 63 O.R. (2d) 1, l'a affirmé à la p. 66:

[TRADUCTION] Ainsi, lorsque le Code a été adopté, le législateur avait toute l'autorité voulue pour priver les personnes de plus de 65 ans de toute protection en matière d'emploi. Les extraits des débats de l'assemblée législative mentionnés par mes collègues indiquent qu'on a adopté le Code en sachant qu'il était possible d'obliger les employés de la province à prendre leur retraite à l'âge de 65 ans. Il est inutile de tenter de savoir si le Code aurait été adopté sous cette forme après l'entrée en vigueur du par. 15(1) de la Charte en 1985. Le Code doit être accepté tel qu'il existe.

En outre, comme le juge en chef adjoint MacKinnon de l'Ontario l'a soutenu en ce qui concerne les lois antérieures à la *Charte* dans l'arrêt *Re Southam Inc. and The Queen (No. 1)* (1983), 41 O.R. (2d) 113 (C.A.), à la p. 125:

[TRADUCTION] Cette loi suprême a été adoptée bien après la *Loi sur les jeunes délinquants* et on ne peut présumer que le législateur a eu l'intention d'agir de manière constitutionnelle compte tenu d'une loi dont il ne pouvait pas, à l'époque, prévoir l'adoption.

La question est donc de savoir si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* porte atteinte à l'art. 15 de la *Charte*.

L'article 15 de la Charte

L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* prévoit que:

[TRADUCTION] 9. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la partie I et à la présente partie.

a) «âge» Dix-huit ans ou plus, sauf au paragraphe 4(1), où le terme «âge» s'entend de dix-huit ans ou plus et de moins de soixante-cinq ans.

Le paragraphe 4(1) dispose que:

[TRADUCTION] 4. — (1) Toute personne a droit à un traitement égal en matière d'emploi, sans discrimination fondée sur la race, l'ascendance, le lieu d'origine, la couleur, l'origine ethnique, la citoyenneté, la croyance,

origin, citizenship, creed, sex, age, record of offences, marital status, family status or handicap.

Section 15(1) of the *Charter* provides as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

It is by now firmly established that constitutionally guaranteed rights and freedoms should be given a broad and liberal construction. The prohibition against discrimination set out in s. 15 is intended to ensure that those entities subject to the *Charter* treat every individual "on a footing of equality, with equal concern and equal respect, to ensure each individual the greatest opportunity for his or her enhancement": *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), at p. 529. Section 15 prescribes that individuals be treated on the basis of his or her own worth, abilities and merit, and not on the basis of external or arbitrary characteristics which artificially restrict individual opportunity.

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, McIntyre J. defined discrimination in the following manner at pp. 174-75:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed. [Emphasis added.]

As Judge Abella explained in "Limitations on the Right to Equality Before the Law", in

le sexe, l'âge, l'existence d'un casier judiciaire, l'état matrimonial, l'état familial ou un handicap.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* prévoit ce qui suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Il est maintenant clairement établi que les droits et libertés garantis par la Constitution doivent recevoir une interprétation large et libérale. L'interdiction de discrimination établie à l'art. 15 a pour but d'assurer que les entités visées par la *Charte* traitent chaque personne [TRADUCTION] «sur un pied d'égalité, avec la même attention et le même respect, pour veiller à ce qu'elle bénéficie des meilleures chances d'épanouissement»: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (C.A.), à la p. 529. L'article 15 prévoit que les personnes doivent être traitées selon leurs propres valeurs, aptitudes et mérites et non en fonction de caractéristiques externes ou arbitraires qui restreignent artificiellement les chances individuelles.

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, le juge McIntyre définit la discrimination de la façon suivante, aux pp. 174 et 175:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement. [Je souligne.]

Comme le juge Abella l'explique dans son article intitulé «Limitations on the Right to Equality

de Mestral et al., eds., *The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law*, at p. 226:

Equality means that no one is denied opportunities for reasons that have nothing to do with inherent ability. It means equal access free from arbitrary obstructions. Discrimination means that an arbitrary barrier stands between a person's ability and his or her opportunity to demonstrate it. If the access is genuinely available in a way that permits everyone who so wishes the opportunity fully to develop his or her potential, we have achieved a kind of equality. This is what section 15 of the *Charter* affirms: equality defined as equal freedom from discrimination.

Discrimination in this context means practices or attitudes that have, whether by design or impact, the effect of limiting an individual's or a group's right to the opportunities generally available because of attributed rather than actual characteristics. What is impeding the full development of the potential is not the individual's capacity but an external barrier that artificially inhibits growth. [Emphasis added.]

Section 9(a) is discriminatory on its face. It clearly excludes designated segments of society from the ambit of protection otherwise provided by the Code. Furthermore, the exclusion is predicated strictly on age, a ground specifically enumerated in s. 15(1). As MacGuigan J.A. held in *Headly v. Canada (Public Service Commission Appeal Board)*, [1987] 2 F.C. 235 (C.A.), at p. 245:

The Constitution itself, I believe, compels this distinction between enumerated and non-enumerated grounds. In particular, the fact that the drafters spelled out as grounds the principal natural and unalterable facts about human beings . . . can only mean, I believe, that non-trivial pejorative distinctions based on such categories are intended to be justified by governments under section 1 rather than to be proved as infringements by complainants under section 15. In sum, some grounds of distinction are so presumptively pejorative that they are deemed to be inherently discriminatory.

The inclusion of specific enumerated grounds in s. 15(1) of the *Charter* was intended to avoid many of the difficulties which U.S. courts have faced in attempting to determine the extent of protection afforded by the Fourteenth Amendment, which

Before the Law», dans de Mestral et autres, éd., *La Limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, à la p. 226:

[TRADUCTION] L'égalité signifie que nul n'est privé de chances pour des raisons étrangères aux capacités inhérentes de la personne. Elle signifie une égalité d'accès sans obstacle arbitraire. La discrimination signifie qu'il y a un obstacle arbitraire entre les aptitudes d'une personne et ses possibilités d'en faire la preuve. Si l'accès est vraiment possible d'une manière qui accorde à chacun la chance de pleinement développer son potentiel, nous parvenons à une certaine égalité. C'est ce que l'article 15 de la *Charte* reconnaît: une égalité définie comme une exemption égale de toute discrimination.

Dans ce contexte, la discrimination s'entend des pratiques ou des attitudes dont l'objet ou l'effet est de limiter le droit d'une personne ou d'un groupe de bénéficier des chances généralement offertes en raison de caractéristiques attribuées plutôt que réelles. Ce qui gêne le développement intégral du potentiel ne dépend pas des aptitudes individuelles mais d'un obstacle extérieur artificiel. [Je souligne.]

L'alinéa 9a) est discriminatoire à sa face même. Il soustrait clairement des groupes précis de la société à la protection par ailleurs accordée par le Code. En outre, cette exclusion est strictement fondée sur l'âge, un motif spécifiquement énuméré au par. 15(1). Comme le juge MacGuigan l'a dit dans l'arrêt *Headly c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique)*, [1987] 2 C.F. 235 (C.A.), à la p. 245:

La Constitution elle-même, je crois, impose cette distinction entre les motifs qui sont énumérés et ceux qui ne le sont pas. Le fait notamment que le législateur ait énoncé comme motifs de discrimination les principales réalités naturelles et immuables propres aux êtres humains . . . peut seulement signifier, à mon sens, qu'il appartient aux gouvernements de justifier les distinctions défavorables importantes fondées sur ces catégories en invoquant l'article 1, plutôt qu'aux plaignants de prouver qu'il y a contravention de l'article 15. En somme, certains motifs de distinction sont, par présomption, si défavorables qu'ils sont considérés comme discriminatoires en soi.

L'inclusion de motifs précis énumérés au par. 15(1) de la *Charte* avait pour but d'éviter un bon nombre des difficultés que les tribunaux américains ont rencontrées en tentant de déterminer la portée de la protection offerte par le Quatorzième

has no such express delineation. As Finkelstein expressed in "Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience" (1985-86), 6 *Advocates' Q.* 188, at p. 192:

... the Fourteenth Amendment does not give the courts any guidance about what kinds of classifications should be most closely scrutinized. The provision is textually absolute. This may be contrasted with s. 15(1) of the Charter which, while prohibiting all discrimination, at least sets out a list of categories for greater particularity. Canadian courts are put on notice that they should make a careful inquiry into the reasons and purpose behind any law which makes differentiations based upon any of the listed classifications. [Emphasis added.]

Like my colleague La Forest J., and for the reasons he expresses, I conclude that s. 9(a) overtly denies the equal protection and equal benefit of the Code, and thereby discriminates against individuals solely on the basis of age, a ground specifically enumerated in s. 15 of the *Charter*. Section 9(a) constitutes an arbitrary and artificial obstacle which prevents persons aged 65 and over from complaining where their right to equal treatment with respect to employment has been infringed on the ground of age. Hence the provision is inconsistent with the fundamental values enshrined within s. 15(1): the protection and enhancement of human dignity, the promotion of equal opportunity, and the development of human potential based upon individual ability. As the Ontario Court of Appeal stated in *Blainey*, at p. 530:

Indeed, it is somewhat of an anomaly to find in a statute designed to prohibit discrimination a provision which specifically permits it.

Section 1 of the Charter

Given my conclusion regarding s. 15(1), I now turn to the question of whether the equality violation can be justified under s. 1. As articulated by this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, the government must first discharge

amendement, dont la délimitation n'est pas aussi claire. Comme Finkelstein l'a dit dans son article intitulé «Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience» (1985-86), 6 *Advocates' Q.* 188, à la p. 192:

[TRADUCTION] ... le Quatorzième amendement ne donne aux tribunaux aucune indication quant aux types de classifications qui devraient être examinées le plus minutieusement. La disposition est formulée en des termes absolus. On peut la comparer au par. 15(1) de la Charte qui, bien qu'il interdise toute discrimination, énumère à tout le moins une liste des catégories qui exigent une attention plus particulière. Les tribunaux canadiens sont avisés qu'ils doivent examiner minutieusement les raisons et l'objet de chaque loi qui établit des distinctions fondées sur l'une des classifications énumérées. [Je souligne.]

Comme mon collègue le juge La Forest et pour les raisons qu'il exprime, je conclus que l'al. 9a) prive ouvertement des personnes de la même protection et du même bénéfice du Code, et établit donc contre celles-ci une distinction fondée uniquement sur l'âge, un motif spécifiquement énuméré à l'art. 15 de la *Charte*. L'alinéa 9a) constitue un obstacle arbitraire et artificiel qui empêche les personnes de 65 ans et plus de porter plainte lorsque leur droit à l'égalité de traitement en matière d'emploi a été violé en raison de l'âge. La disposition est donc incompatible avec les valeurs fondamentales consacrées au par. 15(1): la protection et la reconnaissance de la dignité humaine, l'établissement de chances égales et le développement du potentiel de chaque personne en fonction des aptitudes individuelles. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a dit dans l'arrêt *Blainey*, à la p. 530:

[TRADUCTION] En réalité, il est quelque peu anormal de trouver dans une loi conçue pour interdire la discrimination une disposition qui la permet spécifiquement.

L'article premier de la Charte

Étant donné ma conclusion concernant le par. 15(1), je vais maintenant examiner si la violation de l'égalité peut se justifier en vertu de l'article premier. Comme notre Cour l'a affirmé dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S.

its burden of proving that the objective served by the challenged measure relates to concerns which are of pressing and substantial importance, sufficient to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if it can establish such an objective, it must show that the means chosen are proportional or appropriate. This latter criterion can only be fulfilled if three elements are satisfied:

- (a) the limiting measure must be carefully designed, or rationally connected, to the objective, and cannot be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;
- (b) the right in question must not be impaired by the limiting measure any more than is reasonable having regard to the context and surrounding circumstances; and
- (c) the effects of the limiting measure must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgement of rights.

1. The Objective

I agree with my colleague La Forest J.'s conclusion that the Ontario Court of Appeal was too restrictive when evaluating the constitutionality of s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* exclusively in the university context. However, this setting does provide a welcome background in which the ramifications of the provision can be appraised. In his "default" *Charter* analysis, i.e., assuming that it does indeed apply to universities, La Forest J.'s underlying theme seems to be that mandatory retirement is the *quid pro quo* for a tenure system with minimal peer evaluation and necessary to ensure that younger aspirants are provided with a meaningful opportunity to pursue their livelihood. My colleague also regards the existing pension scheme as a worthy objective, and one supportable only through the institution of mandatory retirement.

713, le gouvernement doit d'abord s'acquitter de son fardeau de prouver que l'objectif visé par les mesures contestées se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles et est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Deuxièmement, si le gouvernement peut faire la preuve d'un tel objectif, il doit établir que les mesures choisies sont proportionnelles ou appropriées à ces fins. Ce dernier critère ne peut être satisfait que si l'on fait la preuve de trois éléments:

- a) la mesure restrictive doit être soigneusement conçue pour atteindre l'objectif en question ou avoir un lien rationnel avec cet objectif et elle ne peut être arbitraire, injuste ou fondée sur des considérations irrationnelles;
- b) la mesure ne doit pas déraisonnablement porter atteinte au droit en question compte tenu du contexte et des circonstances en présence; et
- c) les effets de la mesure restrictive ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

f 1. L'objectif

Je partage la conclusion de mon collègue le juge La Forest que la Cour d'appel de l'Ontario a été trop restrictive lorsqu'elle a évalué la constitutionnalité de l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* dans le contexte exclusif des universités. Cependant, ce contexte constitue un cadre approprié d'évaluation des ramifications de la disposition. Dans son analyse de l'application [TRADUCTION] «par défaut» de la *Charte*, c'est-à-dire présumant qu'elle s'applique aux universités, la proposition implicite que semble avancer le juge La Forest est que la retraite obligatoire est la contrepartie d'un système de permanence où l'évaluation par les pairs est réduite au minimum, et est nécessaire pour assurer aux jeunes candidats une véritable possibilité de gagner leur vie. Mon collègue estime également que le régime de retraite existant est un objectif valable qui ne se justifie que par l'imposition de la retraite obligatoire.

In my view, there is no convincing evidence that the mandatory retirement scheme and the tenure system are as intimately related as my colleague suggests. Peer evaluation does not, and should not, pose a threat to academic freedom, and such assessments are quite common even in those universities which have chosen to continue imposing mandatory retirement. Merit rather than age should be the governing factor. The value and status of tenure may actually be enhanced through the sustained endorsement of one's colleagues. In his reasons, La Forest J. indicates at p. 283 that academic freedom will be undermined through abolition of the existing mandatory retirement scheme:

Mandatory retirement is thus intimately tied to the tenure system. It is true that many universities and colleges in the United States do not have a mandatory retirement but have maintained a tenure system. That does not affect the rationality of the policies, however, because mandatory retirement clearly supports the tenure system. Besides, such an approach, as the Court of Appeal observed, would demand an alternative means of dismissal, likely requiring competency hearings and dismissal for cause. Such an approach would be difficult and costly and constitute a demeaning affront to individual dignity.

This raises several points with which I beg to differ. The value of tenure is threatened by incompetence, not by the aging process. Such incompetence can manifest itself at any stage, and the presumption of academic incapacity at age 65 is not well founded. If the abolition of mandatory retirement results in a more stringent meritocracy, tenure is not depreciated. Its significance may actually be enhanced, as tenure status will reflect continued academic excellence rather than a "certificate", irrevocable once granted.

The fear that aging professors will rest on their laurels and wallow in a perpetual and interminable quagmire of unproductivity and stagnation may be a real one. Yet it applies with equal force to younger tenured faculty as well. Peer review, so long as it is predicated on the premise of unbiased good faith, provides a healthy injection of critical

À mon avis, il n'existe aucune preuve convaincante que le régime de retraite obligatoire et le système de permanence sont aussi intimement liés que le dit mon collègue. L'évaluation par les pairs ne constitue pas et ne devrait pas constituer une menace à la liberté d'enseignement et ces évaluations sont très courantes même dans les universités qui ont choisi de continuer à imposer la retraite obligatoire. Le facteur-clé devrait être le mérite plutôt que l'âge. En réalité, la valeur et la qualité du système de permanence pourraient même être rehaussées par l'aval constant des collègues. Dans ses motifs, le juge La Forest indique à la p. 283 que l'abolition du régime actuel de la retraite obligatoire minerait la liberté d'enseignement:

La retraite obligatoire est donc intimement liée au système de la permanence. Il est vrai que plusieurs universités et collèges aux États-Unis ne prévoient pas la retraite obligatoire, mais ils ont conservé un système de permanence. Cela ne touche cependant en rien la rationalité des politiques parce que la retraite obligatoire justifie clairement le système de la permanence. En outre, comme la Cour d'appel l'a souligné, une telle conception commanderait une autre méthode de congédiement qui nécessiterait vraisemblablement la tenue d'audiences sur la compétence et le renvoi motivé. Cette conception serait donc d'application difficile et coûteuse, et constituerait un grave affront à la dignité personnelle.

Ce passage soulève plusieurs aspects sur lesquels je me permets de différer d'opinion. La valeur de la permanence est menacée par l'incompétence et non par le vieillissement. Cette incompétence peut se manifester à n'importe quelle étape et la présomption d'une incapacité d'enseigner à 65 ans n'est pas bien fondée. Si l'abolition de la retraite obligatoire engendre une méritocratie plus stricte, la permanence n'en souffre pas. En réalité, son importance peut augmenter, car la situation de permanence traduira la continuité de l'excellence en matière d'enseignement au lieu de constituer un «certificat» irrévocable une fois accordé.

La crainte que les professeurs s'endorment sur leurs lauriers en vieillissant et décident de mettre un terme à leur productivité et à leur perfectionnement est peut-être justifiée. Pourtant, elle s'applique avec autant de force aux jeunes professeurs permanents. L'évaluation par les pairs, dans la mesure où elle est faite de bonne foi et sans

evaluation and will serve to promote the scholastic standards indispensable to a flourishing university.

I find it difficult to accept the proposition that abolition of mandatory retirement of university faculty and librarians would threaten tenure as a result of increased performance evaluations. In fact, performance evaluations of faculty are an integral and ongoing part of university life, and it has never been suggested that this process threatens tenure, collegiality or academic freedom. Performance evaluations take place at the hiring stage, as well as in the process of determining whether to grant tenure, whether to promote tenured faculty, which tenured faculty to select for administrative posts and research grants, and whether and in what amount merit increases are to be awarded to tenured faculty.

Those jurisdictions which have eliminated mandatory retirement of university faculty or librarians have not experienced any increase in so-called destructive performance evaluations, or any infringement of academic freedom or collegiality. The tenure system remains firmly in place. In the United States, for example, not a single university has abolished tenure, notwithstanding that 15 per cent of universities have no mandatory retirement age for tenured faculty. The 1986 amendments to the *Age Discrimination in Employment Act*, which now preclude any university from forcibly retiring a tenured faculty member until age 70, provide that the age cap will be removed altogether when the transitional provisions expire in 1993: see 29 U.S.C. § 631(d).

Moreover, any "alternative means of dismissal" necessitated by the abolition of mandatory retirement will be rather inconsequential. The number of those choosing to maintain an active and productive academic life after age 65 is relatively small. Furthermore, tenure will continue to exist, and tenured faculty will enjoy a powerful presumption of job retention. However, this presump-

partialité, sert de critique saine et constructive et contribue à l'avancement des normes d'enseignement indispensables à une université florissante.

J'ai peine à accepter l'affirmation que l'abolition de la retraite obligatoire des professeurs et bibliothécaires des universités menacerait la permanence en raison de l'augmentation des évaluations de rendement. En réalité, les évaluations de rendement des professeurs font continuellement et intégralement partie de la vie universitaire et on n'a jamais laissé entendre que ce processus menace la permanence, la collégialité ou la liberté d'enseignement. Les évaluations de rendement ont lieu au moment de l'embauche ainsi qu'au moment de décider si on accordera ou non la permanence, si on accordera ou non une promotion à des professeurs permanents, quels seront les professeurs permanents qui occuperont des postes administratifs et qui bénéficieront de subventions de recherche, et si des augmentations au mérite seront consenties aux professeurs permanents et quel en sera le montant.

Les universités qui ont aboli la retraite obligatoire des professeurs et des bibliothécaires n'ont pas connu un accroissement des évaluations de rendement soi-disant dévastatrices ni de violation de la liberté d'enseignement ou de la collégialité. Le système de la permanence demeure fermement en place. Par exemple, aux États-Unis, aucune université n'a aboli la permanence bien que 15 pour 100 des universités n'aient pas fixé d'âge de retraite obligatoire pour les professeurs permanents. Les modifications apportées en 1986 à l'*Age Discrimination in Employment Act*, qui interdit maintenant aux universités de forcer un professeur permanent à prendre sa retraite avant l'âge de 70 ans, prévoient que le plafond quart à l'âge sera totalement aboli lorsque les dispositions transitaires expireront en 1993: voir 29 U.S.C. § 631(d).

De plus, toute « autre méthode de congédiement » requise par l'abolition de la retraite obligatoire sera plutôt sans conséquence. Le nombre de ceux qui choisissent de poursuivre une carrière d'enseignement active et productive après 65 ans est relativement peu élevé. En outre, la permanence continuera d'exister et les professeurs permanents vont bénéficier d'une forte présomption en faveur

tion should not be irrefutable, neither at 45 nor at 65. With respect to La Forest J.'s description (at p. 284) of a "closed system with limited resources" it is neither clear that we are dealing with a fixed pie nor that allowing aging professors to enjoy their earned slices will result in younger prospects' going hungry.

To conclude that excellence in our educational institutions can only be maintained through the replacement of aging faculty with younger professors is overbroad. Professorial calibre should be gauged on a meritocratic rather than on a chronological basis. Employment opportunities for the young cannot be generated by using the elderly as exclusive sacrificial victims. The *Charter* prohibits this type of isolation of a specific target group explicitly protected by an enumerated constitutional provision.

Moreover, this scheme cannot be supported by either scholarly justification or necessity. There is no indication that the aged are less competent. The empirical track record of esteemed and venerable universities across North America which are progressively abolishing mandatory retirement reveals that the retention of such a system is not necessary in order to remain effective and efficient. This trend reflects what can be considered "reasonable" when assessing the rationale of mandatory retirement and its proportionality to any alleged objectives.

I do not disagree with my colleague La Forest J.'s assertion, at p. 289, that "While the aging process varies from person to person, the courts below found on the evidence that on average there is a decline in intellectual ability from the age of 60 onwards". But this simple assertion does not, in my view, invariably lead to the conclusion that the cut-off age for any occupation or profession must be 65. This is precisely what age discrimination is all about. What then about federally appointed judges, whose retirement age is set at 75? What of self-employed business people, or politicians and heads of state, some of whom (including Sir Winston Churchill) serve their country well beyond the

du maintien de leur poste. Cette présomption ne devrait cependant pas être irréfutable, ni à 45 ans ni à 65 ans. Quant à la description que fait le juge La Forest (à la p. 284) d'un «système fermé ayant des ressources limitées», il n'est pas évident que ces ressources soient figées ni qu'en permettant aux professeurs plus âgés de profiter de leur part méritée de ces ressources les plus jeunes en soient totalement privés.

Il est exagéré de conclure que l'excellence dans nos institutions d'enseignement ne peut être maintenue que par le remplacement des professeurs plus âgés par des professeurs plus jeunes. La qualité d'un professeur devrait être évaluée selon le mérite plutôt qu'en fonction de l'âge. Les membres plus âgés ne peuvent être les seuls à se sacrifier pour favoriser les chances d'emploi des jeunes. La *Charte* interdit ce type d'isolement d'un groupe cible qui est expressément protégé par une disposition constitutionnelle précise.

En outre, ce régime ne peut être justifié ni par les besoins en matière d'éducation ni par la nécessité. Rien n'indique que les plus âgés sont moins compétents. L'expérience des grandes universités reconnues à travers l'Amérique du Nord qui abolissent progressivement la retraite obligatoire révèle que le maintien d'un tel système n'est pas nécessaire pour conserver leur efficacité et leur efficacité. Cette tendance reflète ce qu'on estime comme étant «raisonnable» dans l'examen de la raison d'être de la retraite obligatoire et de sa proportionnalité par rapport à de prétendus objectifs.

Je ne suis pas en désaccord avec mon collègue le juge La Forest lorsqu'il dit, à la p. 289, que «Bien que le processus de vieillissement varie d'une personne à l'autre, les tribunaux d'instance inférieure ont conclu, après avoir examiné la preuve, qu'en moyenne il y a détérioration des capacités intellectuelles à partir de 60 ans». Mais à mon avis, cette simple affirmation n'amène pas nécessairement à conclure que l'âge limite applicable à un emploi ou à une profession doit être de 65 ans. Voilà précisément ce qu'est la discrimination fondée sur l'âge. Qu'en est-il des juges nommés par le fédéral, dont l'âge de la retraite est fixé à 75 ans? Qu'en est-il des gens d'affaires qui travaillent pour leur propre

age of 65? Declining intellectual ability is a coat of many colours — what abilities, and for which tasks? The discrepancies between physical and intellectual abilities amongst different age groups may be more than compensated for by increased experience, wisdom, and skills acquired over time.

Mandatory retirement would have to be justified on some basis other than mental decay. Agility and nimbleness of mind are highly subjective — they vary substantially from person to person. While senility is far more common among the very old, lucidity is the norm. Furthermore, people are generally sensitive to their own degenerating faculties, in academe as well as in sport. Many an athlete is “washed up” by the age of 35, and can no longer perform at the same level. However, many can remain competitive well into their forties, while some younger athletes continue to strive for, but never quite attain, professional status.

The difficulty and cost of the evaluation process cannot defeat the merits of such a scheme, especially given that some sort of assessment procedure is already in place. Empirically, the financial burden argument is specious. Some pension programs now offer retiring professors up to 90 per cent of their average annual salary of their last five working years. Economically it makes sense to allow them to contribute fully at a marginal “cost” to the universities of only 10 per cent of their salaries.

La Forest J. reminds us of this Court’s traditional deference to legislative judgment. At page 305 my colleague states:

compte, ou encore des politiciens et des chefs d’État dont certains (parmi lesquels il y a eu sir Winston Churchill) servent leur pays bien après l’âge de 65 ans? La détérioration des capacités intellectuelles comporte plusieurs facettes — de quelles capacités s’agit-il, et concernant quelles tâches? L’écart entre les capacités physiques et intellectuelles parmi les différents groupes d’âge peut être amplement compensé par une plus grande expérience, une plus grande sagesse et des compétences plus étendues acquises au cours des années.

La retraite obligatoire devrait être justifiée autrement que par la détérioration des capacités mentales. L’agilité et la vivacité d’esprit sont très subjectives — elles varient considérablement d’une personne à l’autre. Bien que la sénilité soit beaucoup plus courante chez les personnes très âgées, la lucidité est la norme. En outre, les gens sont généralement conscients de l’affaiblissement de leurs propres facultés, tant dans le milieu de l’enseignement que dans les sports. Les athlètes qui sont «usés» à l’âge de 35 ans sont nombreux et n’offrent plus le même rendement. Cependant, plusieurs demeurent compétitifs même après avoir atteint la quarantaine alors que des athlètes plus jeunes continuent de lutter pour obtenir le statut de professionnel sans toutefois y parvenir vraiment.

La difficulté et le coût du processus d’évaluation ne peuvent supplanter les mérites d’un tel système, surtout si l’on tient compte qu’une certaine procédure d’évaluation existe déjà. L’expérience démontre que l’argument du fardeau financier est spécieux. Certains régimes de retraite offrent maintenant aux professeurs qui prennent leur retraite jusqu’à 90 pour 100 du salaire annuel moyen touché au cours de leurs cinq dernières années de travail. Économiquement, il est logique de leur permettre de contribuer pleinement à un «coût» marginal, pour les universités, de 10 pour 100 de leur salaire.

Le juge La Forest nous rappelle la retenue dont a toujours fait preuve notre Cour à l’égard du jugement du législateur. À la page 305, mon collègue affirme:

... that the operative question in these cases is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the legislation interferes as little as possible with a guaranteed right, given the government's pressing and substantial objectives. [Emphasis added.]

The evidence refutes the emphasized conclusion. In the very next paragraph, my colleague himself concedes at p. 306 "that there is an increasing trend towards earlier retirement", and at p. 306 that "[t]he estimates of workers who would voluntarily elect to work beyond the age of 65 vary from 0.1 to 0.4 per cent of the labour force". These figures hardly pose a "pressing and substantial" quandary that the government must contend with. According to my colleague, at p. 312, mandatory retirement:

... is an arrangement negotiated in the private sector, and it can only be brought into the ambit of the *Charter* tangentially because the Legislature has attempted to protect, not attack, a *Charter* value.

Any protection offered here is strictly illusory. The excluded ages are most in need of sanctuary from arbitrary employment decisions.

The threat that an evaluation scheme will "constitute a demeaning affront to individual dignity" (at p. 284) is difficult to accept. Are objective standards of job performance a demeaning affront to individual dignity? Certainly not when measured against the prospect of getting "turfed-out" automatically at a prescribed age, and witnessing your younger ex-colleagues persevere in condoned relative incompetence on the strength of a "dignifying" tenure system. The elderly are especially susceptible to feelings of uselessness and obsolescence. If "[i]n a work-oriented society, work is inextricably tied to the individual's self-identity and self-worth" (at p. 300), does this mean that upon reaching 65 a person's interest in self-identity and stake in self-worth disappear? That is precisely when these values become most crucial, and when individuals become particularly vulnerable to

... que, dans ces cas, la question clé est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu des éléments de preuve présentés, à conclure que la loi porte le moins possible atteinte à un droit garanti, compte des objectifs urgents et réels du gouvernement. [Je souligne.]

La preuve réfute la partie soulignée de la conclusion. Dans le paragraphe qui suit immédiatement, mon collègue lui-même reconnaît, à la p. 306, qu'il existe «une tendance croissante à la retraite anticipée», et que «[l]es statistiques relatives aux travailleurs qui choisiraient volontairement de rester au travail après 65 ans varient de 0,1 à 0,4 pour 100 de la population active». Ces données n'indiquent pas vraiment que le gouvernement fait face à une difficulté «urgente et réelle». Voici comment mon collègue, à la p. 312, conçoit la retraite obligatoire:

... [i]l s'agit d'une entente négociée dans le secteur privé et elle ne peut relever de la *Charte* que de façon indirecte parce que le législateur a tenté de protéger, et non pas de contester, une valeur reconnue par la *Charte*.

Toute protection offerte ici est parfaitement illusoire. Le groupe exclu en raison de l'âge est celui qui a le plus besoin de protection contre des décisions arbitraires en matière d'emploi.

La menace qu'un régime d'évaluation «constituerait un grave affront à la dignité personnelle» (à la p. 284) est difficile à accepter. Les normes objectives d'évaluation du rendement au travail constituent-elles un grave affront à la dignité personnelle? Certainement pas lorsqu'on les compare à la perspective d'être [TRADUCTION] «viré» automatiquement à un âge précis, et que l'on voit ses ex-collègues plus jeunes continuer à accepter une compétence relative au nom de la «dignité» que procure un régime de permanence. Les personnes âgées sont particulièrement prédisposées aux sentiments d'inutilité et de vieillissement. Si, «[d]ans une société axée sur le travail, ce dernier est inextricablement lié à l'identité et à la valorisation personnelles» (à la p. 300), cela veut-il dire que la personne qui atteint 65 ans perd tout intérêt en matière d'identité et de valorisation personnelles? C'est précisément à ce moment que ces valeurs revêtent le plus d'importance et que les personnes deviennent particulièrement vulnérables aux dimi-

perceived diminutions in their ability to contribute to society.

Forced removal from the work force strictly on account of age can be extraordinarily debilitating for those entering their senior years. Aging is not a reversible process. Those yearning to carry on with their livelihood, career, and ambitions cannot have this aspiration stultified or decimated by some arbitrary scheme. The fact that we all experience the aging process is not a safeguard which prevents discriminatory acts by the majority. The prospect that current decision-makers may some day be 65 and older is no guarantee against their acting in a discriminatory fashion against older individuals today, or against their acting on the basis of negative stereotypes.

Moreover, as stated in McDougal, Lasswell and Chen, "The Protection of the Aged from Discrimination", in *Human Rights and World Public Order* (1980), pp. 781-82:

The traumatic impact of the sudden loss of accustomed roles, precipitated by involuntary retirement, is immense and profound. As Rosow has sharply summarized:

[T]he loss of roles excludes the aged from significant social participation and devalues them. It deprives them of vital functions that underlie their sense of worth, their self-conceptions and self-esteem. In a word, they are depreciated and become marginal, alienated from the larger society. Whatever their ability, they are judged invidiously, as if they have little of value to contribute to the world's work and affairs.

...

The shock of compulsory retirement may be so overwhelming as to generate a lasting state of anxiety and even depression. The ordinary process of aging aside, the psychosomatic condition of the elderly may be brutally and unduly impaired and exacerbated by the shock of involuntary retirement. Formerly useful skills are consigned to the scrap heap overnight. [Emphasis in original.]

In my view, such undesirable repercussions seriously undermine the alleged objective in the instant case. The forced attrition of elderly participants in the work force should not lightly be

nutions perçues de leur capacité de contribuer à la société.

Le retrait forcé de la vie active pour la seule raison de l'âge peut être excessivement démoralisant pour ceux qui se retrouvent au crépuscule de leur vie. Le vieillissement n'est pas un processus réversible. On ne peut permettre qu'un régime arbitraire supprime la volonté de certains de poursuivre leur mode de vie, leur carrière et leurs ambitions. Le fait que nous vieillissions tous n'est pas une garantie contre des actes discriminatoires de la majorité. L'idée que les décideurs actuels puissent un jour avoir 65 ans et plus ne garantit pas qu'ils agissent actuellement de manière non discriminatoire à l'égard des personnes âgées ou en fonction de stéréotypes négatifs.

De plus, comme on le dit dans l'article de McDougal, Lasswell et Chen, intitulé «The Protection of the Aged from Discrimination», dans *Human Rights and World Public Order* (1980), aux pp. 781 et 782:

[TRADUCTION] Le traumatisme causé par la perte subite des rôles habituels, précipité par la retraite involontaire, est immense et profond. Comme l'a résumé sèchement Rosow:

[L]a perte des rôles exclut les personnes âgées de toute participation significative à la vie sociale et les dévalorise. Elle les prive de fonctions vitales qui sous-tendent leur valorisation, leur identité et leur estime de soi. Bref, elles sont dévalorisées et deviennent marginales et aliénées par rapport à la société dans son ensemble. Peu importe leurs capacités, elles sont jugées de façon injuste, comme si leur contribution aux affaires de ce monde était sans importance.

...

Le choc de la retraite obligatoire peut être grand au point de causer un état permanent d'angoisse et même de dépression. Sans égard au processus du vieillissement ordinaire, la condition psychosomatique des personnes âgées peut être brutalement et indûment compromise et exacerbée par le choc de la retraite involontaire. Des compétences autrefois jugées utiles sont mises au rancart en l'espace d'une nuit. [En italique dans l'original.]

À mon avis, ces répercussions peu souhaitables minent sérieusement l'objectif allégué en l'espèce. Il ne faut pas considérer à la légère les départs forcés des membres plus âgés de la population

considered an objective "sufficient to warrant overriding a constitutionally protected right". However, on the assumption that a legitimate objective does in fact exist, I will now assess whether the means chosen satisfy the second part of the "s. 1 test".

2. The Means

In its Report entitled *Equality For All*, at p. 21, the 1985 Federal Parliamentary Committee on Equality Rights described mandatory retirement as follows:

In the view of the Committee, mandatory retirement is a classic example of the denial of equality on improper grounds. It involves the arbitrary treatment of individuals simply because they are members of an identifiable group. Mandatory retirement does not allow for consideration of individual characteristics, even though those caught by the rule are likely to display a wide variety of the capabilities relevant to employment. It is an easy way of being selective that is based, in whole or in part, on stereotypical assumptions about the performance of older workers. In the result, it denies individuals equal opportunity to realize the economic benefits, dignity and self-satisfaction that come from being part of the workforce. [Emphasis added.]

The *Human Rights Code, 1981* limits the protection against discrimination on the basis of age to those between the ages of 18 and 65. Persons over the age of 65 are excluded from protection solely because of their age; not for any reason related to *bona fide* qualifications, or inability to perform a required function. Thus, regardless of the circumstances, people over 65 who encounter discrimination merely because of their age are denied access to protective and remedial human rights legislation.

In his detailed historical investigation, La Forest J. notes at p. 292 that "Bismark is generally credited with establishing 65 as the age for retirement". However, Bismark governed quite some time ago. Advances in medical science and the living conditions achieved since have significantly extended life expectancy and have improved the quality of life as well. On average, today's 65-year-

active comme un objectif «suffisant pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution». Cependant, en supposant qu'un objectif légitime existe réellement, je vais maintenant évaluer si les mesures choisies satisfont au deuxième volet du «test de l'article premier».

2. Les moyens

Dans son rapport intitulé *Égalité pour tous*, aux pp. 23 et 24, le Comité parlementaire fédéral sur les droits à l'égalité a décrit, en 1985, la retraite obligatoire de la façon suivante:

De l'avis du Comité, la retraite obligatoire est un exemple classique de négation de l'égalité pour motif abusif. Elle consiste en un traitement arbitraire d'individus simplement parce qu'ils sont membres d'un groupe identifiable. La règle de la retraite obligatoire ne permet pas de tenir compte des caractéristiques individuelles, même si ceux à qui elle s'applique sont susceptibles de réunir bon nombre des aptitudes nécessaires à l'emploi. C'est là un moyen facile de se montrer sélectif en invoquant en tout ou en partie des stéréotypes fondés sur le rendement des travailleurs âgés. En dernière analyse, des citoyens se voient privés de chances égales pour ce qui est des avantages économiques, de la dignité et de l'autosatisfaction que procurent l'appartenance ainsi que le sentiment d'appartenance à la population active. [Je souligne.]

Le *Code des droits de la personne, 1981* restreint la protection contre la discrimination fondée sur l'âge à ceux qui ont entre 18 et 65 ans. Les personnes de plus de 65 ans sont exclues de la protection du seul fait de leur âge et non pas pour une raison liée à des exigences professionnelles normales ou à l'incapacité de remplir une fonction requise. Ainsi, sans égard aux circonstances, les personnes de plus de 65 ans qui font face à une mesure discriminatoire simplement en raison de leur âge sont privées de la protection et des redressements de la législation en matière de droits de la personne.

Dans l'historique détaillé qu'il fait de la question, le juge La Forest souligne à la p. 292 que «C'est généralement à Bismark qu'on attribue l'idée d'établir à 65 ans l'âge de la retraite». L'époque de Bismark est cependant révolue depuis longtemps. Depuis ce temps, les progrès de la science médicale et l'amélioration des conditions de vie ont considérablement augmenté l'espérance de vie et

old is a healthier, more invigorated specimen than his or her 45-year-old counterpart of the industrial revolution. Furthermore, the physical exertion component of many vocations has been diminished through the introduction of computers and employment differentiation. With all sorts of developing specialties people can mature concordantly with their evolving job descriptions.

The fact that "mandatory retirement has become part of the very fabric of the organization of the labour market in this country" (at p. 295) is inapposite to the present analysis in so far as it ignores the promulgation of both the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the *Human Rights Code, 1981*. Furthermore, I strongly disagree with the assertion, at p. 299, that "[t]hose over 65 are by and large not as seriously exposed to the adverse results of unemployment as those under that age". While this may be true for an "elite" sub-group that can afford to retire, it certainly does not apply to the majority of retirees, especially during periods of high inflation. The adverse effects of mandatory retirement are most painfully felt by the poor. The elderly often face staggering financial difficulties; indexed pensions have not kept pace with inflation, and a dollar saved at an earlier time in anticipation of retirement buys only pennies worth of goods today. This is predominantly true when applied to non-unionized employees, who presently constitute 50 per cent of the Canadian work force.

The median income of those over 65 is less than half the median income of average Canadians, and there is a wide disparity among these individuals many of whom have no, or very small, private pension incomes. Moreover, women are particularly affected by this deficiency. Upon attaining the age of 65, women often have either lower or no pension income since a greater proportion of them are in jobs where they are less likely to be offered pension plan coverage. Women are more susceptible to interrupted work histories, partly as a result

haussé la qualité de la vie. En moyenne, la personne qui a aujourd'hui 65 ans est en meilleure santé et en meilleure forme que ne l'était la personne de 45 ans à l'époque de la révolution industrielle. En outre, l'effort physique requis par plusieurs emplois a diminué avec l'avènement des ordinateurs et la spécialisation du travail. Avec l'avènement de toutes sortes de spécialisations, les gens peuvent évoluer au même rythme que leurs descriptions de tâches.

Le fait que «la retraite obligatoire [fasse] maintenant partie de l'organisation même du marché du travail dans notre pays» (à la p. 295) est sans rapport avec le présent examen dans la mesure où il ne tient pas compte de l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne des droits et libertés* et du *Code des droits de la personne, 1981*. En outre, je m'oppose fortement à l'affirmation, à la p. 299, que «[d]e façon générale, ceux qui ont plus de 65 ans risquent beaucoup moins de souffrir des effets préjudiciables du chômage que les plus jeunes». Bien qu'il puisse en être ainsi pour une petite «élite» qui peut se permettre de prendre sa retraite, il n'en est certainement pas ainsi de la majorité des retraités, surtout en période de grande inflation. Ce sont les pauvres qui souffrent le plus cruellement des effets néfastes de la retraite obligatoire. Les personnes âgées sont souvent aux prises avec des difficultés financières épouvantables; l'indexation des pensions n'a pas suivi le rythme de l'inflation et le dollar épargné autrefois en vue de la retraite ne vaut plus que quelques sous aujourd'hui. Cela est surtout vrai en ce qui concerne les travailleurs non syndiqués, qui représentent actuellement 50 pour 100 de la population active canadienne.

Le revenu moyen des plus de 65 ans est inférieur de moitié au revenu moyen du Canadien moyen, et il existe un écart très grand entre ceux-ci puisque plusieurs d'entre eux ne touchent pas de revenu d'un régime de retraite privé ou n'en touchent qu'un très minime. En outre, les femmes sont particulièrement touchées par cette déficience. Lorsqu'elles atteignent l'âge de 65 ans, les femmes n'ont souvent aucun revenu de pension ou seulement un très maigre revenu de pension puisque la plupart d'entre elles occupent des emplois où elles

of childcare responsibilities, thereby losing potential pension coverage. Furthermore, women are prone to have lower lifetime earnings upon which pension benefits are based.

Section 9(a) denies protection against employment discrimination to those over 65 whether or not there is an adequate, or indeed any, pension plan at the particular work place, whether or not the integrity of the existing pension plan would be affected if employees did not retire at age 65, and whether or not the employer intends to or actually does replace retired employees with younger workers. In short, s. 9(a) permits discrimination against older workers even where retired employees are not replaced by younger employees, and where the pension plan is not affected in any way. As was stated in *Edwards Books*, *supra*, at p. 770:

The requirement of rational connection calls for an assessment of how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose.

When assessing the material repercussions of the provision at issue the fabric comes apart at the seams. Furthermore, it is not the function of the courts to mend constitutional infirmities by patching those areas of the legislation which violate the *Charter* with a more restrictive meaning.

The internal age restrictions imposed on the application of the *Human Rights Code*, 1981 emasculate its very purpose. The "traditional" retirement age of 65 was chosen at a time wholly different from today; medical science and job differentiation have changed the world in which we live and work. The Code is designed as remedial legislation — it is paradoxical to exclude from its ambit a group desperately in need of its protection.

The argument of legislative necessity loses much of its force when assessed in light of the ongoing

sont moins susceptibles de se voir offrir un régime de pension. Les femmes sont plus susceptibles d'interrompre leurs emplois, en partie à cause des responsabilités liées aux soins des enfants, ce qui peut les priver des bénéfices d'un régime de retraite. En outre, les femmes sont prédisposées à avoir, au cours de leur vie active, des revenus plus bas en fonction desquels les prestations de retraite sont établies.

L'alinéa 9a) prive de protection contre la discrimination en matière d'emploi les plus de 65 ans, qu'il existe ou non un régime de retraite adéquat dans le milieu du travail en question, que l'intégrité du régime de retraite existant soit ou non touchée si les employés ne prennent pas leur retraite à 65 ans et que l'employeur ait ou non l'intention de remplacer, ou qu'il remplace effectivement, les employés retraités par de plus jeunes travailleurs. Bref, l'al. 9a) permet d'établir une discrimination contre les travailleurs plus âgés même lorsque ceux qui prennent leur retraite ne sont pas remplacés par des employés plus jeunes et lorsque le régime de retraite n'est touché d'aucune façon. Comme on l'a affirmé dans l'arrêt *Edwards Books*, précité, à la p. 770:

L'exigence d'un lien rationnel nous oblige à vérifier dans quelle mesure l'ensemble législatif est adapté à son objet.

Lorsqu'on évalue les répercussions matérielles de la disposition en cause, le tissu cède aux coutures. En outre, il n'appartient pas aux tribunaux de corriger les faiblesses constitutionnelles des parties de la loi qui violent la *Charte* en leur accordant un sens plus restreint.

Les restrictions fondées sur l'âge qu'impose l'application du *Code des droits de la personne*, 1981 le dépouillent de son objet même. L'âge «traditionnel» de la retraite, c'est-à-dire 65 ans, a été fixé à une époque entièrement différente de la nôtre; la science médicale et la spécialisation du travail ont changé le monde dans lequel nous vivons et travaillons. Le Code est une loi réparatrice — il est paradoxal d'exclure de sa portée un groupe qui a désespérément besoin de sa protection.

L'argument de la nécessité législative perd beaucoup de son poids face à l'adoption continue de la

adoption of voluntary retirement across the continent, and the federal government's abolition of mandatory retirement for its employees. Moreover, three Canadian provinces, Quebec, New Brunswick, and Manitoba, have eliminated mandatory retirement, and have not suffered any of the adverse effects allegedly associated with the eradication of such schemes. Universities have not been required to abandon the tenure system, the existing pension programs have remained intact, and there is no evidence of consequential rising unemployment among younger aspirants seeking work.

In response to the proportionality argument my colleague expresses the view, at p. 304, that "there is nothing irrational in a system that permits those in the private sector to determine for themselves the age of retirement suitable to a particular area of activity." But the Code provides no protection for the elderly. Whatever impositions are placed on them cannot be redressed by review under the Code because that group is specifically excluded from its application. Hence, that justification becomes circular, and the scheme he purports to rationalize actually encourages mandatory retirement. It allows for the manipulation of the entitlements of a group whose rights and recourses have been neutered by the legislation! An attempt to defend this procedure on the basis of minimal impairment is especially disturbing.

On the whole there seems to be no reasonable justification for a scheme which sets 65 as an age for compulsory retirement. It is discriminatory, in the most prejudicial sense of the word, to make generalizations about diminished competence or productivity purely on the basis of the attainment of a certain age. Since the number of people who (a) attain that age, and (b) wish to continue working after that age and are physically and intellectually capable of doing so, is not overwhelming, it is difficult to conclude that the labour force will be adversely affected.

The definitions provided in the *Human Rights Code, 1981* must be assessed under s. 1 in a somewhat broader manner. While having an obvious effect on mandatory retirement, these defini-

retraite volontaire à travers le continent et à l'abolition par le gouvernement fédéral de la retraite obligatoire pour ses employés. En outre, trois provinces canadiennes, le Québec, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, ont aboli la retraite obligatoire et n'ont subi aucun des effets néfastes que l'on prétend associés à l'élimination de ces régimes. Les universités n'ont pas été tenues d'abandonner leur système de permanence, les régimes de retraite existants sont demeurés intacts et il n'existe pas de preuve qu'il s'ensuit une augmentation du chômage chez les jeunes candidats au travail.

En réponse à l'argument de la proportionnalité, mon collègue exprime l'avis, à la p. 304, que «le système qui permet aux individus du secteur privé de fixer eux-mêmes l'âge de la retraite qui convient dans un domaine particulier d'activité n'a rien d'absurde». Mais le Code ne fournit aucune protection aux personnes âgées. Peu importe les contraintes qu'on leur impose, le Code ne permet pas d'y remédier au moyen d'un examen fondé sur ses dispositions parce que ce groupe est précisément soustrait à son application. Cette justification se transforme donc en un cercle vicieux et, en réalité, le régime qu'il vise à rationaliser favorise la retraite obligatoire. Il permet de manipuler les intérêts d'un groupe dont les droits et les recours ont été neutralisés par la loi! Que l'on veuille défendre cette procédure en fonction d'une atteinte minimale est particulièrement inquiétant.

Dans l'ensemble, il ne semble pas y avoir de justification raisonnable à l'appui d'un régime qui établit l'âge de la retraite obligatoire à 65 ans. Il est discriminatoire, dans le sens le plus préjudiciable du terme, de faire des généralisations quant à la diminution des capacités ou de la productivité en fonction seulement du fait qu'on a atteint un certain âge. Puisque le nombre de personnes qui a) atteignent cet âge et qui b) veulent continuer à travailler après cet âge, et sont physiquement et intellectuellement capables de le faire, n'est pas considérable, il est difficile de conclure que la population active en subira un effet néfaste.

Les définitions prévues dans le *Code des droits de la personne, 1981* doivent être évaluées en vertu de l'article premier d'une manière un peu plus large. Bien qu'elles aient un effet évident sur la

tions also fail to protect those over 65 from far more pervasive discrimination. For example, an employer who decided to pay all workers over the age of 65 less than those under 65 could not be challenged under human rights legislation because that legislation does not recognize discrimination against persons over 65 as being discrimination on the basis of age.

I agree with the proposition that human rights legislation has a purpose consistent with that of the *Charter* itself, the promotion of human rights. It has been argued that since such legislation operates in an area which otherwise would remain unaffected by the *Charter* (private transactions), then the least rigid and most flexible standard of review under the *Charter* should be applied. I admit that there is in fact a delicate balance to be achieved. The *Charter* should serve to prevent overt discrimination in human rights legislation, but it should not be applied in such a manner as to discourage the use of such legislation by the provinces, or to interfere with a legitimate provincial legislative decision not to provide rights in a given area.

However, there are limits within which this approach should apply. For example, in my view, if the provinces chose to enact human rights legislation which only prohibited discrimination on the basis of sex, and not age, this legislation could not be held to violate the *Charter*. However where, as in the present case, the legislation prohibits discrimination on the basis of age, and then defines "age" in a manner that denies this protection to a significant segment of the population, then the *Charter* should apply. Thus, if the province chooses to grant a right, it must grant that right in conformity with the *Charter*.

As the impugned definition denies protection from age discrimination to a segment of the population simply on the basis of age, I do not believe it can be justified under s. 1. I espouse here the reasons of Blair J.A., dissenting at the Court of Appeal, at p. 77:

retraite obligatoire, ces définitions ne protègent pas non plus les personnes de plus de 65 ans contre une forme de discrimination beaucoup plus envahissante. Par exemple, l'employeur qui décide de verser à tous les travailleurs de plus de 65 ans un salaire inférieur à celui qu'il verse aux moins de 65 ans ne pourrait être poursuivi en vertu de la loi sur les droits de la personne parce que cette loi ne reconnaît pas la discrimination contre les personnes de plus de 65 ans comme une discrimination fondée sur l'âge.

Je suis d'accord que la loi sur les droits de la personne a un objet compatible avec celui de la *Charte* elle-même, à savoir la promotion des droits de la personne. On a prétendu que puisque cette loi s'applique dans un domaine qui ne serait pas par ailleurs touché par la *Charte* (les opérations privées), il faudrait alors appliquer la norme d'examen la moins rigide et la plus souple en vertu de la *Charte*. Je reconnais qu'il y a effectivement un équilibre délicat à établir. La *Charte* devrait viser à prévenir la discrimination manifeste dans les lois sur les droits de la personne, mais elle ne devrait pas être appliquée de manière à décourager les provinces d'utiliser cette loi ou à porter atteinte à une décision légitime du législateur de la province de ne pas accorder de droits dans un domaine particulier.

Il y a cependant des limites à l'application de cette interprétation. Par exemple, j'estime que si les provinces choisissaient d'adopter des lois sur les droits de la personne qui n'interdisent que la discrimination fondée sur le sexe et non sur l'âge, on ne pourrait dire que ces lois violent la *Charte*. Cependant, lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la loi interdit la discrimination fondée sur l'âge et définit le terme «âge» d'une manière qui prive une partie importante de la population de cette protection, la *Charte* devrait alors s'appliquer. Par conséquent, si la province choisit d'accorder un droit, elle doit l'accorder en conformité avec la *Charte*.

Puisque la définition contestée prive, pour la seule raison de l'âge, une partie de la population de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge, je ne crois pas qu'elle puisse être justifiée en vertu de l'article premier. Je fais miens les motifs du juge Blair, dissident en Cour d'appel à la p. 77:

Section 9(a), in my opinion, does not satisfy the third requirement of the *Oakes* test that the measure adopted "should impair 'as little as possible' the right or freedom in question" Section 9(a) does not merely limit or restrict the appellants' Charter right under s. 15(1). It eliminates it because, under the Code, no protection against age discrimination in employment is provided after the age of 65. The absence of any qualification to the complete denial of the Charter right . . . results in the failure of s. 9(a) to meet the *Oakes* test. [Emphasis added.]

Consequently, s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981* constitutes unreasonable and unfair discrimination against persons over age 65 for the following reasons:

- (a) the failure to afford individuals aged 65 or over the protection of the Code against employment discrimination is unwarranted in the absence of any evidence that such individuals cannot perform in employment;
- (b) section 9(a) of the Code prohibits employees from complaining about any form of employment discrimination, including hiring, demotion, transfer or salary reduction, even though its stated objective was solely to permit mandatory retirement;
- (c) with respect to mandatory retirement itself, its negative effects significantly outweigh any alleged benefit associated with its continuation. Mandatory retirement arbitrarily removes an individual from his or her active worklife, and source of revenue, regardless of his or her actual mental or physical capacity, financial wherewithal, years of employment in the work force, or individual preferences. The continued opportunity to work provides many individuals with a sense of worth and achievement, as well as a source of social status, prestige, and meaningful social contact; and
- (d) on the evidence, there is no basis for denying to a segment of the population, i.e., those aged 65 and over, the protection of legislation which is of fundamental importance in the area of employment discrimination, particu-

[TRADUCTION] À mon avis, l'al. 9a) ne satisfait pas à la troisième condition du test de l'arrêt *Oakes* que le moyen choisi «[soit] de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question» [. . .] L'alinéa 9a) ne fait pas que limiter ou restreindre le droit des appelants en vertu du par. 15(1) de la Charte. Il le supprime parce qu'aux termes du Code aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi n'est accordée après 65 ans. L'absence de toute réserve quant à la suppression totale d'un droit reconnu par la Charte [. . .] fait en sorte que l'al. 9a) échoue le test de l'arrêt *Oakes*. [Je souligne.]

Par conséquent, l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* constitue une discrimination déraisonnable et injuste envers les personnes de plus de 65 ans pour les raisons suivantes:

- a) l'omission d'accorder aux personnes de 65 ans ou plus la protection que confère le Code contre la discrimination en matière d'emploi n'est pas justifiée en l'absence de preuve que ces personnes ne peuvent faire leur travail;
- b) l'alinéa 9a) du Code empêche les employés de porter plainte contre toute forme de discrimination en matière d'emploi, notamment en matière d'embauche, de rétrogradation, de mutation ou de réduction de salaire, même si son objectif avoué ne visait qu'à permettre la retraite obligatoire;
- c) quant à la retraite obligatoire elle-même, ses effets négatifs supplantent de façon significative tout bénéfice que l'on prétend associé à son maintien. La retraite obligatoire empêche arbitrairement une personne de mener une vie active et de gagner un revenu, sans égard à ses capacités intellectuelles ou physiques réelles, à ses moyens financiers, à ses années d'expérience sur le marché du travail ou à ses préférences personnelles. La possibilité de continuer à travailler apporte à plusieurs personnes une forme de valorisation et de réalisation de leur potentiel et procure en outre un statut social, du prestige et des contacts sociaux utiles; et
- d) compte tenu de la preuve, rien ne justifie de priver une partie de la population, c'est-à-dire les personnes âgées de 65 ans et plus, de la protection de la loi qui est d'une importance fondamentale dans le domaine de la discrimi-

larly since the objectives allegedly served by s. 9(a) of the Code could be attained through alternative measures, which do not have such severe effects on individuals.

The *Charter* breach resulting from the application of the Code is not justified under s. 1. There is no evidence that the government is confronted with an urgent or compelling dilemma with respect to a profusion of elderly persons seeking to linger on beyond their prescribed term of productivity. Whatever legislative needs may exist to anchor an age discrimination procedure regarding access to the Code, they are not proportional to the blanket exclusion of all persons over the age of 65. The exclusion of all those over age 65 is a substantial impairment of the constitutional right to equal treatment of all ages, specifically enumerated in s. 15 of the *Charter*.

Remedy

Even if mandatory retirement programs were justified for all employees over the age of 65, the repercussions of s. 9(a) extend far beyond such a scheme. While the original motivation may have been to allow employers and employees to set their own retirement ages, the effect is to deny a wide range of benefits to people over 65. They will receive no protection whatsoever from age discrimination. The protection they may require is in no way limited to retirement. After the age of 65, employees would be prohibited from making claims relating to age discrimination in the area of wages, employment conditions, and other employment related benefits. Employees under the age of 65 will have all of these protections merely as a function of their age.

However, even if we confined the application of s. 9(a) to mandatory retirement, the provision does not differentiate between industries or occupations in establishing age 65 as an appropriate age for retirement. While there may be certain jobs for which mandatory retirement can be justified, on

nation en matière d'emploi, étant donné particulièrement que les objectifs qui seraient visés par l'al. 9a) du Code pourraient être atteints par d'autres moyens qui n'ont pas d'effets aussi sévères sur les personnes.

La violation de la *Charte* qui résulte de l'application du Code n'est pas justifiée en vertu de l'article premier. Il n'y a aucune preuve que le gouvernement soit pris dans un dilemme urgent ou réel face au grand nombre de personnes âgées qui cherchent à s'attarder au-delà de leur période prescrite de productivité. Quels que soient les besoins législatifs qui puissent justifier une procédure de discrimination fondée sur l'âge en matière d'accès au Code, ils ne sont pas proportionnels à l'exclusion absolue de toutes les personnes de plus de 65 ans. L'exclusion de toutes les personnes de plus de 65 ans est une atteinte importante au droit constitutionnel de tous de bénéficier d'un traitement égal, tel que prévu expressément à l'art. 15 de la *Charte*.

La réparation

Même si les régimes de retraite obligatoire étaient justifiés pour tous les employés de plus de 65 ans, les répercussions de l'al. 9a) vont beaucoup plus loin que ce régime. Bien que l'intention première ait pu être de permettre aux employeurs et aux employés d'établir leur propre âge de retraite, l'effet est de priver les gens de plus de 65 ans d'une vaste gamme d'avantages. Ils ne bénéficient d'aucune protection contre la discrimination fondée sur l'âge. La protection dont ils peuvent avoir besoin n'est en aucun cas restreinte à la retraite. Après 65 ans, il serait interdit aux employés de porter plainte dans les cas de discrimination fondée sur l'âge dans le domaine des salaires, des conditions d'emploi et des autres avantages liés au travail. Les employés de moins de 65 ans bénéficient de toutes ces protections seulement en raison de leur âge.

Cependant, même si l'on restreignait l'application de l'al. 9a) à la retraite obligatoire, la disposition ne fait pas de distinction entre les industries ou les emplois en fixant à 65 ans l'âge approprié de la retraite. Bien que la retraite obligatoire puisse être justifiée dans le cas de certains emplois

the ground that it is a reasonable and *bona fide* occupation qualification, s. 9(a) permits mandatory retirement in many industries where age is clearly not a *bona fide* occupational qualification.

Hence, while limiting s. 9(a) to mandatory retirement would certainly remove some of its objectionable elements, the indiscriminate application of mandatory retirement would remain. In my view, a case-by-case application, secured by proper occupational considerations, would be the preferable alternative. The *Human Rights Code, 1981* already allows for this and hence s. 9(a) can be struck in its entirety. Any legitimate justification for distinguishing among employees on the basis of age can be vindicated through other provisions of the Code.

Section 10(a) of the Code provides:

10. A right of a person under Part I is infringed where a requirement, qualification or consideration is imposed that is not discrimination on a prohibited ground but that would result in the exclusion, qualification or preference of a group of persons who are identified by a prohibited ground of discrimination and of whom the person is a member, except where,

- (a) the requirement, qualification or consideration is a reasonable and *bona fide* one in the circumstances; . . .

Section 23(b) provides that:

23. The right under section 4 to equal treatment with respect to employment is not infringed where,

- (b) the discrimination in employment is for reasons of age, sex, record of offences or marital status if the age, sex, record of offences or marital status of the applicant is a reasonable and *bona fide* qualification because of the nature of the employment;

These provisions can contain certain mandatory retirement schemes when justified by the particular job description at issue. In *Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke*, [1982] 1 S.C.R. 202, this Court considered a policy mandating

comme une exigence professionnelle raisonnable et normale, l'al. 9a) permet la retraite obligatoire dans plusieurs industries où l'âge n'est clairement pas une exigence professionnelle normale.

- ^a Par conséquent, bien qu'en limitant l'application de l'al. 9a) à la retraite obligatoire on supprimerait sans aucun doute certains de ses éléments contestables, l'application sans distinction de la retraite obligatoire demeurerait. À mon avis, une application en fonction de chaque cas, régie par des considérations professionnelles appropriées, serait la solution préférable. Le *Code des droits de la personne, 1981* le permet déjà et l'al. 9a) peut donc être supprimé entièrement. Une justification légitime de l'établissement entre les employés de distinctions fondées sur l'âge peut être invoquée au moyen d'autres dispositions du Code.

^d L'alinéa 10a) du Code prévoit:

[TRADUCTION] **10.** Constitue une atteinte à un droit d'une personne reconnu dans la partie I l'existence d'une exigence d'une qualité requise ou d'une considération imposée qui ne constitue pas une discrimination fondée sur un motif illicite, mais qui entraîne l'exclusion ou la préférence d'un groupe de personnes identifié par un motif illicite de discrimination et dont la personne est membre, ou l'imposition d'une restriction à ce groupe, sauf dans l'un des cas suivants:

- ^e a) l'exigence, la qualité requise ou la considération imposée est établie de façon raisonnable et de bonne foi dans les circonstances; . . .

L'alinéa 23b) prévoit que:

^g [TRADUCTION] **23.** Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 4, à un traitement égal en matière d'emploi le fait:

- ^h b) que la discrimination en matière d'emploi repose sur des raisons fondées sur l'âge, le sexe, l'existence d'un casier judiciaire ou l'état matrimonial, si l'âge, le sexe, le casier judiciaire ou l'état matrimonial du candidat constitue une qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi compte tenu de la nature de l'emploi;

ⁱ Ces dispositions peuvent prévoir certains régimes de retraite obligatoire lorsqu'ils sont justifiés par la description particulière de l'emploi en cause. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Etobicoke*, [1982] 1

retirement at age 60 for firefighters. McIntyre J., for the Court, articulated the appropriate procedure for dealing with the *bona fide* occupational qualification ("BFOQ") provisions of the Code, at p. 208:

Once a complainant has established before a board of inquiry a *prima facie* case of discrimination, in this case proof of a mandatory retirement at age sixty as a condition of employment, he is entitled to relief in the absence of justification by the employer.

On the issue of what constitutes a *bona fide* occupational qualification, McIntyre J. stated, at p. 208, that:

To be a *bona fide* occupational qualification and requirement a limitation, such as a mandatory retirement at a fixed age, must be imposed honestly, in good faith, and in the sincerely held belief that such limitation is imposed in the interests of the adequate performance of the work involved with all reasonable dispatch, safety and economy, and not for ulterior or extraneous reasons aimed at objectives which could defeat the purpose of the Code. [Emphasis added.]

At page 209, McIntyre J. distinguished mandatory retirement for purely economic reasons from mandatory retirement motivated by public safety concerns:

In cases where concern for the employee's capacity is largely economic, that is where the employer's concern is one of productivity, and the circumstances of employment require no special skills that may diminish significantly with aging, or involve any unusual dangers to employees or the public that may be compounded by aging, it may be difficult, if not impossible, to demonstrate that a mandatory retirement at a fixed age, without regard to individual capacity, may be validly imposed under the Code. In such employment, as capacity fails, and as such failure becomes evident, individuals may be discharged or retired for cause. [Emphasis added.]

In *Alberta (Human Rights Commission) v. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 S.C.R. 489, Wilson J. sets out McIntyre J.'s tests in *Etobicoke*, as well as their application to *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, and *Bhinder v.*

R.C.S. 202, notre Cour a examiné une politique de retraite obligatoire à 60 ans imposée aux pompiers. Le juge McIntyre, s'exprimant au nom de la Cour, a formulé la procédure appropriée relative aux dispositions du Code en matière d'exigences professionnelles normales («EPN»), à la p. 208:

Lorsqu'un plaignant établit devant une commission d'enquête qu'il est, de prime abord, victime de discrimination, en l'espèce que la retraite obligatoire à soixante ans est une condition de travail, il a droit à un redressement en l'absence de justification de la part de l'employeur.

Quant à la question de savoir ce que constitue une exigence professionnelle normale ou réelle, le juge McIntyre dit, à la p. 208, que:

Pour constituer une exigence professionnelle réelle, une restriction comme la retraite obligatoire à un âge déterminé doit être imposée honnêtement, de bonne foi et avec la conviction sincère que cette restriction est imposée en vue d'assurer la bonne exécution du travail en question d'une manière raisonnablement diligente, sûre et économique, et non pour des motifs inavoués ou étrangers qui visent des objectifs susceptibles d'aller à l'encontre de ceux du Code. [Je souligne.]

À la page 209, le juge McIntyre établit une distinction entre la retraite obligatoire imposée pour des motifs purement économiques et la retraite obligatoire justifiée par des motifs de sécurité publique:

Lorsque le souci de la capacité de l'employé est surtout d'ordre économique, c'est-à-dire lorsque l'employeur s'intéresse à la productivité, et que les conditions de travail ne requièrent aucune qualification particulière susceptible de diminuer sensiblement avec l'âge, ou ne comportent pour les employés ou le public aucun danger exceptionnel qui peut augmenter avec l'âge, il peut être difficile, voire impossible, d'établir que la retraite obligatoire à un âge déterminé, sans égard à la capacité d'une personne en particulier, peut valablement être imposée en vertu du Code. Dans un emploi de ce genre, à mesure que la capacité décline, et que ce déclin devient évident, les employés peuvent être, à juste titre, congédiés ou mis à la retraite. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Alberta (Human Rights Commission) c. Central Alberta Dairy Pool*, [1990] 2 R.C.S. 489, le juge Wilson reprend les critères établis par le juge McIntyre dans l'arrêt *Etobicoke*, ainsi que leur application aux arrêts *Commission ontarienne des droits de la personne et*

Canadian National Railway Co., [1985] 2 S.C.R. 561, and concluded, at p. 514 that:

Where a rule discriminates on its face on a prohibited ground of discrimination, it follows that it must rely for its justification on the validity of its application to all members of the group affected by it. There can be no duty to accommodate individual members of that group within the justificatory test because, as McIntyre J. pointed out, that would undermine the rationale of the defence. Either it is valid to make a rule that generalizes about members of a group or it is not. By their very nature rules that discriminate directly impose a burden on all persons who fall within them. If they can be justified at all, they must be justified in their general application. That is why the rule must be struck down if the employer fails to establish a BFOQ.

Furthermore, as Sopinka J. wrote for the Court in relation to ascertaining appropriate *bona fide* occupational requirements in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)*, [1989] 2 S.C.R. 1297, at pp. 1313-14:

While it is not an absolute requirement that employees be individually tested, the employer may not satisfy the burden of proof of establishing the reasonableness of the requirement if he fails to deal satisfactorily with the question as to why it was not possible to deal with employees on an individual basis by, *inter alia*, individual testing. If there is a practical alternative to the adoption of a discriminatory rule, this may lead to a determination that the employer did not act reasonably in not adopting it. [Emphasis added.]

It should be noted here that the effect of finding s. 9(a) of the Code to be unconstitutional does not abolish mandatory retirement. Rather, it simply allows individuals aged 65 or over to complain to the Human Rights Commission that their mandatory retirement constituted age discrimination in employment, contrary to s. 4 of the Code. It would still be open to an employer to establish before the Commission, as it can presently attempt in the case of mandatory retirement under age 65, that

O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536, et *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, et conclut, à la p. 514, que:

^a Lorsque, à première vue, une règle établit une distinction fondée sur un motif de discrimination prohibé, sa justification devra reposer sur la validité de son application à tous les membres du groupe touché. En vertu du critère du motif justifiable, il ne peut en effet y avoir d'obligation d'accommodement à l'égard des membres individuels du groupe puisque, comme l'a fait observer le juge McIntyre, cela saperait le fondement même de ce moyen de défense. Ou bien on peut valablement établir une règle qui généralise à l'égard des membres d'un groupe ou bien on ne le peut pas. Par leur nature même, les règles qui constituent une discrimination directe imposent un fardeau à tous ceux qui y sont assujettis. Si tant est qu'elles puissent être justifiées, c'est dans leur application générale qu'elles doivent l'être. Voilà pour-
^b
^c
^d quoi la règle doit être annulée si l'employeur ne réussit pas à démontrer qu'il s'agit d'une EPN.

De plus, comme le juge Sopinka l'a affirmé au nom de la Cour concernant l'évaluation des exigences professionnelles normales appropriées dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Saskatoon (Ville)*, [1989] 2 R.C.S. 1297, aux pp. 1313 et 1314:

^f Quoiqu'il ne soit pas absolument nécessaire de faire subir des tests à chaque employé, il se peut que l'employeur ne parvienne pas à s'acquitter de l'obligation qui lui incombe de prouver le caractère raisonnable de l'exigence s'il ne fournit pas une réponse satisfaisante à la question de savoir pourquoi il ne lui a pas été possible de traiter individuellement les employés, notamment en administrant des tests à chacun d'eux. S'il existe une solution pratique autre que l'adoption d'une règle discriminatoire, on peut conclure que l'employeur a agi d'une manière déraisonnable en n'adoptant pas cette autre
^g
^h solution. [Je souligne.]

Il convient de souligner qu'en l'espèce conclure que l'al. 9a) du Code est inconstitutionnel n'a pas pour effet d'abolir la retraite obligatoire. Au contraire, une telle conclusion permet simplement aux personnes de 65 ans ou plus de se plaindre auprès de la Commission des droits de la personne que leur mise à la retraite obligatoire constitue de la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi, contrairement à l'art. 4 du Code. Il serait encore loisible à l'employeur d'établir devant la

age is a "reasonable and *bona fide* qualification" under s. 23(1)(b) of the Code.

The structure of the *Human Rights Code, 1981* easily permits the striking down of the definition of "age" without removing the protection against discrimination on the basis of age. As the British Columbia Court of Appeal stated in *Harrison*, at p. 164:

In our opinion, when that test [of severance] is applied to the provisions of the Human Rights Act, the definition of age is not so inextricably bound up with the balance of the Act that the balance cannot independently survive.

The result would be similar to that achieved in *Blainey*, where the exception to the general principle prohibiting sex discrimination was removed, leaving the principle to stand unrestricted.

Conclusion

Labelling universities "governmental bodies" is unnecessary, yet the indicia of public functions elevate these institutions to a higher standard under the Code. Furthermore, the Code must be read purposively. Excluding those over the age of 65 virtually immunizes all mandatory retirement schemes from the scope of human rights review. This should not be the purpose of remedial legislation. Other provinces, notably Quebec, New Brunswick, and Manitoba, have embraced voluntary retirement, and have endured none of the apprehended repercussions. The Code provides the apparatus through which the benefits of the *Charter* can flow to persons in the appellants' position. Excluding such persons from the Code's application would leave them without recourse against flagrant inequality. As it reads at present, Ontario's anti-discrimination Act is blatantly discriminatory.

Therefore, I would allow the appeal and answer the constitutional questions presented as follows:

Commission, comme il peut actuellement tenter de le faire dans le cas de la retraite obligatoire avant 65 ans, que l'âge est une [TRADUCTION] «qualité requise qui est exigée de façon raisonnable et de bonne foi» en vertu de l'al. 23(1)b) du Code.

Le régime du *Code des droits de la personne, 1981* permet facilement de supprimer la définition du terme «âge» sans supprimer la protection contre la discrimination fondée sur l'âge. Comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a affirmé dans l'arrêt *Harrison*, à la p. 164:

[TRADUCTION] A notre avis, lorsque ce critère [de fin d'emploi] est appliqué aux dispositions de la Human Rights Act, la définition de l'âge n'est pas si inextricablement liée au reste de la Loi que le reste ne peut survivre indépendamment.

Le résultat serait semblable à celui auquel on est parvenu dans l'arrêt *Blainey* où l'exception au principe général interdisant toute discrimination fondée sur le sexe a été supprimée, laissant ainsi le principe sans restriction.

Conclusion

Il n'est pas nécessaire de qualifier les universités d'«organismes gouvernementaux», quoique l'indice des fonctions publiques qu'elles remplissent les élève à une norme supérieure en vertu du Code. En outre, le Code doit être interprété en fonction de son objet. Exclure les personnes de plus de 65 ans a pour effet pratiquement de soustraire tous les régimes de retraite obligatoire à la portée d'un examen fondé sur les droits de la personne. Tel ne devrait pas être l'objet d'une loi réparatrice. D'autres provinces, dont le Québec, le Nouveau-Brunswick et le Manitoba, ont adopté la retraite volontaire et n'ont subi aucune des repercussions appréhendées. Le Code établit le mécanisme par lequel les personnes dans la situation des appelants peuvent bénéficier de la *Charte*. Soustraire ces personnes à l'application du Code les priverait de tout recours contre une inégalité flagrante. Telle qu'elle se lit actuellement, la loi ontarienne qui interdit la discrimination est incontestablement discriminatoire.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Does s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, violate the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. Is s. 9(a) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, demonstrably justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

No.

3. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the mandatory retirement provisions of the respondent universities?

No.

4. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, do the mandatory retirement provisions enacted by each of them infringe s. 15(1) of the *Charter*?

Need not be answered.

5. If the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does apply to the respondent universities, are the mandatory retirement provisions enacted by each of them demonstrably justified by s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the rights guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

Need not be answered.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Justices La Forest, Wilson and L'Heureux-Dubé. They have arrived at different conclusions in resolving the difficult legal and social problem which is the main subject of these appeals. The issue of mandatory retirement is a most important one for our country and will affect the lives of millions of Canadians. It is an issue on which Canadians of good will are sharply divided. This division is reflected in the opinions of my colleagues. They also reflect the powerful arguments that can be marshalled on both sides of the question. In these circumstances, I feel obliged to state my reasons,

1. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, viole-t-il les droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. L'alinéa 9a) du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, est-il justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Non.

3. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle aux dispositions relatives à la retraite obligatoire des universités intimées?

Non.

4. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles portent-elles atteinte au par. 15(1) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

5. Si la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique effectivement aux universités intimées, les dispositions sur la retraite obligatoire adoptées par chacune d'elles sont-elles justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable imposée aux droits garantis par le par. 15(1) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest, Wilson et L'Heureux-Dubé. Ils sont arrivés à des conclusions différentes pour résoudre le problème juridique et social épineux sur lequel portent principalement ces pourvois. La question de la retraite obligatoire est très importante pour notre pays et touchera la vie de milliers de Canadiens. Il s'agit d'une question sur laquelle les Canadiens de bonne volonté sont profondément divisés. Cette division se manifeste dans les opinions de mes collègues. Leurs motifs de jugement reflètent également les arguments convaincants qui peuvent être invoqués à l'appui des deux côtés de la question. Dans ces

albeit briefly, as to why I share the opinion of my colleague La Forest J. that mandatory retirement is not unconstitutional.

I agree with the reasons of La Forest J. for concluding that a university is not a government entity for the purpose of attracting the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would not go so far as to say that none of the activities of a university are governmental in nature. For the reasons given by my colleague, I am of the opinion that the core functions of a university are non-governmental and therefore not directly subject to the *Charter*. This applies *a fortiori* to the university's relations with its staff which in the case of those in these appeals are on a consensual basis.

With regard to whether the policies and practices of the universities relating to mandatory retirement are law, I would prefer not to express a final opinion on that question in this appeal. I find it difficult to classify the activities of an entity on the basis of an assumption that it is something which it is not. Not all actions of a governmental body will qualify as law. Indeed not all activities of an entity that is generally carrying on the functions of government will be governmental in nature. In attempting to classify the conduct of an entity in a given case it is important to know, first, that it is a governmental body and, second, that it is acting in that capacity in respect of the conduct sought to be subjected to *Charter* scrutiny. After all, we must bear in mind that the role of the *Charter* is to protect the individual against the coercive power of the state. Or, as one counsel put it, "to enable the citizen to fight City Hall". This suggests that there must be an element of coercion involved before the emanations of an institution can be classified as law. Many of the factors whose absence led La Forest J. to conclude that a university is not a government entity are highly relevant to determine whether its policies and practices are law. In order to make this determination I would have to assume that these factors were present. Such a determination would have a wholly artifi-

circonstances, je me sens obligé d'exposer, quoique brièvement, les raisons pour lesquelles je partage l'opinion de mon collègue le juge La Forest selon laquelle la retraite obligatoire n'est pas inconstitutionnelle.

Je souscris aux raisons qu'invoque le juge La Forest pour conclure qu'une université n'est pas une entité gouvernementale aux fins de l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je n'irais pas jusqu'à dire qu'aucune des activités d'une université n'est de nature gouvernementale. Pour les motifs exposés par mon collègue, je suis d'avis que les fonctions principales d'une université ne sont pas gouvernementales et par conséquent ne sont pas directement assujetties à la *Charte*. Cette opinion s'applique *a fortiori* aux rapports qu'entretient l'université avec son personnel qui, dans le cas des présents pourvois, reposent sur une base consensuelle.

En ce qui concerne la question de savoir si les politiques et les pratiques des universités en matière de retraite obligatoire constituent une loi, je préférerais ne pas exprimer d'opinion finale sur cette question en l'espèce. Je trouve difficile de classer les activités d'une entité en fonction de l'hypothèse qu'elle constitue quelque chose qu'elle n'est pas en réalité. Ce ne sont pas tous les actes d'un organisme gouvernemental qui peuvent être qualifiés de loi. En fait, ce ne sont pas toutes les activités d'une entité qui exerce généralement les fonctions du gouvernement qui seront de nature gouvernementale. Lorsqu'on tente de classer la conduite d'une entité dans une affaire donnée, il est important de savoir, premièrement, qu'il s'agit d'un organisme gouvernemental et, deuxièmement, qu'elle agit en cette qualité à l'égard de la conduite que l'on cherche à assujettir à un examen fondé sur la *Charte*. Après tout, nous devons garder à l'esprit que la *Charte* a pour rôle de protéger le particulier contre le pouvoir coercitif de l'État. Ou, comme un avocat l'a souligné, [TRADUCTION] «de permettre au citoyen de s'opposer au conseil municipal». Il en ressort qu'il doit y avoir un élément de coercition pour que les dispositions adoptées par une institution puissent être qualifiées de loi. Un bon nombre des facteurs dont l'absence a amené le juge La Forest à conclure qu'une université n'est

cial foundation and would simply distort the law. In these circumstances, I would prefer not to decide this question and in order to reach the key issue in this appeal I would assume not only that a university is a governmental entity, as La Forest J. does, but as well that its policies and practices are law.

A key issue in this appeal is whether the policies and practices of the University of Guelph in providing for mandatory retirement of its teaching staff at age 65 contravene s. 15 of the *Charter*. A favourable decision to the appellants on this issue would result in mandatory retirement's being proscribed in respect of all government employees. In addition, an equally important issue is whether human rights legislation, in failing to protect persons against discrimination on the basis of age beyond the age of 65, offends s. 15 of the *Charter*. A decision favourable to the appellants on this issue would extend the prohibition of mandatory retirement to the private sector.

In respect of these two key issues, my colleague, Wilson J., with whom L'Heureux-Dubé J. agrees, has determined that both the policies and practices and the provisions of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, violate s. 15 and are not saved under s. 1. On the other hand, my colleague La Forest J., holds that both are justified under s. 1 and therefore mandatory retirement does not contravene the *Charter*. With all due respect to the opinions to the contrary, I find that I agree with the conclusion reached by La Forest J. and with his reasons. In addition to a preference for his reasoning, I am of the opinion that his solution to the problem is more in accord with the democratic principles which the *Charter* is intended to uphold.

pas une entité gouvernementale sont hautement pertinents pour décider si les politiques et les pratiques de celle-ci constituent une loi. Pour décider cela, je devrais présumer que ces facteurs sont présents. Une telle décision reposerait sur des considérations entièrement artificielles et ne ferait que déformer la loi. Dans ces circonstances, je préférerais ne pas trancher cette question et, pour aborder la question clé sur laquelle porte le présent pourvoi, je présumerais non seulement qu'une université est une entité gouvernementale, comme le fait le juge La Forest, mais également que ses politiques et ses pratiques constituent une loi.

Une question clé en l'espèce est de savoir si les politiques et les pratiques de l'Université de Guelph qui fixent à 65 ans l'âge de la retraite obligatoire de son personnel enseignant sont contraires à l'art. 15 de la *Charte*. Donner à cette question une réponse favorable aux appelants aurait pour effet d'interdire la retraite obligatoire à l'égard de tous les employés du gouvernement. De plus, on soulève la question tout aussi importante de savoir si les dispositions législatives sur les droits de la personne, en ne protégeant pas les personnes âgées de plus de 65 ans contre la discrimination fondée sur l'âge, portent atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. Donner à cette question une réponse favorable aux appelants aurait pour effet d'étendre l'interdiction de la retraite obligatoire au secteur privé.

Relativement à ces deux questions clés, ma collègue le juge Wilson, à l'opinion de laquelle souscrit le juge L'Heureux-Dubé, a déterminé que les politiques et les pratiques ainsi que les dispositions du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, violent l'art. 15 et ne sont pas sauvegardées en vertu de l'article premier. Par ailleurs, mon collègue le juge La Forest conclut qu'elles sont justifiées aux termes de l'article premier et que, par conséquent, la retraite obligatoire ne contrevient pas à la *Charte*. En toute déférence pour les opinions contraires, je suis d'avis de souscrire à la conclusion du juge La Forest et à ses motifs. En plus de préférer son raisonnement, je suis d'avis que la solution qu'il apporte au problème est plus conforme aux principes démocratiques que la *Charte* est destinée à maintenir.

The current state of affairs in the country, absent a ruling from this court that mandatory retirement is constitutionally impermissible, is the following. The federal government and several provinces have legislated against it. Others have declined to do so. These decisions have been made by means of the customary democratic process and no doubt this process will continue unless arrested by a decision of this Court. Furthermore, employers and employees through the collective bargaining process can determine for themselves whether there should be a mandatory retirement age and what it should be. They have done so in the past, and the position taken by organized labour on this issue indicates that they wish this process to continue. A ruling that mandatory retirement is constitutionally invalid would impose on the whole country a regime not forged through the democratic process but by the heavy hand of the law. Ironically, the *Charter* would be used to restrict the freedom of many in order to promote the interests of the few. While some limitation on the rights of others is inherent in recognizing the rights and freedoms of individuals the nature and extent of the limitation, in this case, would be quite unwarranted. I would therefore dispose of the appeal as proposed by La Forest J.

The following are the reasons delivered by

CORY J. — I am in agreement with the reasons of my colleague Justice Wilson with regard to the tests she suggests for determining whether entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government are nonetheless a part of the government to which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies.

As well, I am in agreement with her findings that universities form part of “government” for purposes of s. 32 of the *Charter* and, as a result, that their policies of mandatory retirement are subject to scrutiny under s. 15 and that those policies discriminate on the basis of age and thus contravene s. 15.

La situation qui prévaut au pays, en l'absence d'une décision de notre Cour que la retraite obligatoire est constitutionnellement inacceptable, est la suivante. Le gouvernement fédéral et plusieurs provinces ont légiféré contre celle-ci. D'autres ont refusé de le faire. Ces décisions ont été prises au moyen du processus démocratique habituel et, de toute évidence, ce processus va se poursuivre à moins qu'une décision de notre Cour n'y mette fin. Qui plus est, les employeurs et les employés peuvent, dans le cadre du processus de la négociation collective, déterminer eux-mêmes s'il y a lieu de fixer un âge de retraite obligatoire et quel devrait être cet âge. Ils l'ont fait dans le passé et la position adoptée par les syndicats à l'égard de cette question indique qu'ils veulent que ce processus se poursuive. Une décision portant que la retraite obligatoire est inconstitutionnelle imposerait à tout le pays un régime qui a été conçu non pas dans le cadre du processus démocratique mais par la puissance du droit. Ironiquement, la *Charte* serait utilisée pour limiter la liberté de bien des gens pour promouvoir les intérêts de quelques-uns. Bien que la reconnaissance des droits et libertés des particuliers comporte en soi une certaine restriction des droits d'autrui, la nature et l'étendue de la restriction en l'espèce serait tout à fait injustifiée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur le pourvoi de la manière proposée par le juge La Forest.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY — Je partage les motifs de ma collègue le juge Wilson quant aux critères qu'elle propose pour déterminer si les entités dont il est évident en soi qu'elles ne font pas partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement font néanmoins partie du gouvernement auquel s'applique la *Charte canadienne des droits et libertés*.

De même, je partage ses conclusions que les universités font partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et, par conséquent, que leurs politiques de mise à la retraite obligatoire sont sujettes à un examen fondé sur l'art. 15 et que ces politiques établissent une discrimination fondée sur l'âge et contreviennent donc à l'art. 15.

However, I am in agreement with the conclusion reached by my colleague Justice La Forest that the mandatory retirement policies of the universities come within the scope of s. 1 and thus survive *Charter* scrutiny.

Further, I am in agreement with La Forest J. that, although s. 9(a) of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, contravenes s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on the basis of age, it is a reasonable limit prescribed by law within the purview of s. 1 of the *Charter*.

My colleague Wilson J. indicated that, although it was not necessary to her decision, she was doubtful whether an individual could contract out of the rights to equality provided by s. 15. I do not wish to be taken as agreeing entirely with that position. I am not certain that such a conclusion can be correct in relation to matters pertaining to age. For example, in the course of negotiating a collective bargaining agreement, it may become apparent that the union membership is overwhelmingly in favour of an agreement that embraces compulsory retirement as part of the consideration for obtaining higher wages at an earlier age — an age when houses must be bought and children raised and educated. That is to say, at a time when the need for family funds is at the highest.

It is often the case that, before a collective bargaining agreement is ratified, the union members will have received very careful advice concerning its terms and their significance not only from union officials, but also from skilled economists and lawyers. The collective agreement represents a total package balancing many factors and interests. It represents the considered opinion of its members that it would be in their best interests to accept the proposed contract. Bargains struck whereby higher wages are paid at an earlier age in exchange for mandatory retirement at a fixed and certain age, may well confer a very real benefit upon the worker and not in any way affect his or her basic dignity or sense of worth. If such contracts should be found to be invalid, it would attack the very foundations of collective bargain-

Je partage toutefois la conclusion de mon collègue le juge La Forest que les politiques de mise à la retraite obligatoire des universités relèvent de l'article premier et survivent ainsi à un examen ^a fondé sur la *Charte*.

En outre, je partage l'avis du juge La Forest que, même si l'al. 9a) du *Code des droits de la personne, 1981*, L.O. 1981, ch. 53, contrevient au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, il constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

Ma collègue le juge Wilson a indiqué que, même si cela n'était pas nécessaire à sa décision, elle n'était pas certaine qu'une personne puisse écarter par contrat les droits à l'égalité prévus à l'art. 15. ^a Je ne veux pas que l'on pense que je partage entièrement cette position. Je ne suis pas certain que cette conclusion soit juste en ce qui concerne les questions qui se rapportent à l'âge. Par exemple, dans le cadre de la négociation d'une convention collective, il peut se révéler que la très grande majorité des membres du syndicat est en faveur d'un accord qui prévoit la retraite obligatoire en contrepartie de salaires plus élevés accordés à un âge plus jeune, un âge où il faut acheter une maison et élever des enfants, c'est-à-dire à un moment où les besoins financiers de la famille sont les plus importants.

Il arrive souvent qu'avant de conclure une convention collective les membres du syndicat aient reçu, non seulement de leurs représentants syndicaux mais également d'économistes et d'avocats compétents, des conseils très précis concernant ses conditions et leur importance. La convention collective représente une entente globale où plusieurs facteurs et intérêts sont conciliés. Elle représente l'opinion réfléchie de ses membres qu'il serait dans leur meilleur intérêt d'accepter le contrat proposé. ⁱ Les ententes conclues où l'on prévoit que des salaires plus élevés sont versés à un âge plus jeune en échange de la retraite obligatoire à un âge fixe et précis peuvent fort bien conférer un véritable avantage au travailleur et ne toucher d'aucune façon à sa dignité ou à sa valorisation personnelles. Si ces contrats étaient déclarés invalides, on porterait

ing and might well put in jeopardy some of the hard won rights of labour.

The collective agreement reflects the decision of intelligent adults, based upon sound advice, that it is in the best interest of themselves and their families to accept a higher wage settlement for the present and near future in exchange for agreeing to a fixed and certain date for retirement. In those circumstances, it would be unseemly and unfortunate for a court to say to a union worker that, although this carefully made decision is in the best interest of you and your family, you are not going to be permitted to enter into this contract. It is a position that I would find unacceptable.

Appeal dismissed, WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

Solicitors for the respondent Board of Governors of the University of Guelph: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.

Solicitors for the respondent Board of Governors of Laurentian University: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for Board of Governors of York University: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitors for the respondent Governing Council of the University of Toronto: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

atteinte aux fondements mêmes de la négociation collective et on pourrait fort bien mettre en péril certains droits durement acquis en matière de travail.

^a La convention collective reflète la décision, fondée sur des conseils judicieux, de personnes adultes intelligentes qu'il est dans leur meilleur intérêt, ainsi que dans celui de leur famille, d'accepter pour l'immédiat et dans un avenir rapproché un salaire plus élevé en échange de l'établissement d'une date fixe précise pour la retraite. Dans ces circonstances, il serait inconvenant et malheureux qu'un tribunal dise à un travailleur syndiqué que, même si cette décision soigneusement prise est dans son meilleur intérêt et celui de sa famille, on ne lui permettra pas de conclure ce contrat. Il s'agit d'une position que j'estime inacceptable.

^d *Pourvoi accueilli, les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes.*

Procureurs des appelants: Sack, Charney, Goldblatt & Mitchell, Toronto.

^e *Procureurs de l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph: Hicks, Morley, Hamilton, Stewart, Storie, Toronto.*

^f *Procureurs de l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université Laurentienne: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.*

^g *Procureurs de l'intimé le Bureau des gouverneurs de l'Université York: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.*

^h *Procureurs de l'intimé le Conseil des gouverneurs de l'Université de Toronto: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.*

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

ⁱ *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

^j *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*
Groupe Communication Canada — Édition
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 3, 1990 Vol. 3

3^e cahier, 1990 Vol. 3

Cited as [1990] 3 S.C.R. 451-694

Renvoi [1990] 3 R.C.S. 451-694

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Révisieur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College 570

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether community college "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory retirement at age 65 — Whether mandatory retirement policy "law" — If so, whether s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Court of competent jurisdiction — Labour grievance — Arbitrator deciding constitutionality of provision as preliminary issue — Whether a court of competent jurisdiction — Whether jurisdiction to hear and determine grievance — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24(1).

Harrison v. University of British Columbia 451

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether or not university "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether or not mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Continued on next page

SOMMAIRE

Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College 570

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — Le collège communautaire fait-il partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire à 65 ans — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Tribunal compétent — Grief — Décision préliminaire d'un arbitre sur la constitutionnalité d'une disposition — Est-ce un tribunal compétent? — A-t-il compétence sur ce grief? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24(1).

Harrison c. Université de la Colombie-Britannique 451

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — L'université fait-elle partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory retirement at age 65 — Whether or not mandatory retirement policy “law” — If so, whether or not s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 32.

Constitutional law — Civil rights — Age discrimination — Protection against age discrimination in employment not extending to those over 65 — Whether provision infringing s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 1, 8(1).

Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipe-fitting Industry, Local 740 644

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Labour Relations Board — Board granting successorship declaration where company carrying on business subject to union contract set up parallel company operating without a union — Whether the Board had jurisdiction to enquire into whether or not successorship had occurred — If so, whether the Board’s exercise of its jurisdiction was patently unreasonable — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 18.

Labour relations — Unions — Successor rights — Company carrying on business subject to union contract setting up parallel company operating without a union — Whether Labour Relations Board may grant successorship declaration — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 89(1).

R. v. Kuldip 618

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial — Cross-examination of accused at a new trial on his testimony given at a previous trial for purpose of impeaching his credibility — Whether cross-examination infringed s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Cross-examination — Self-incrimination — Retrial — Cross-examination of accused at a new trial on his testimony given at a previous trial for purpose of impeaching his credibility — Whether cross-examination infringed s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or s. 5(2) of the Canada Evidence Act.

Stoffman v. Vancouver General Hospital 483

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether or not hospital “government” so as to attract Charter review of policies — If so, whether or not mandatory retirement policy “law” — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l’âge — Retraite obligatoire à 65 ans — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l’affirmative, y a-t-il violation de l’art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 32.

Droit constitutionnel — Libertés publiques — Discrimination fondée sur l’âge — Protection contre la discrimination fondée sur l’âge en matière d’emploi ne s’étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans — La disposition viole-t-elle l’art. 15 de la Charte? — Dans l’affirmative, est-elle justifiée en vertu de l’article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 1, 8(1).

Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l’industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740 644

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Commission des relations du travail — La Commission a accordé une déclaration d’application de l’obligation du successeur à une société, qui exploite une entreprise assujettie à une convention collective, créant une société parallèle sans syndicat — La Commission avait-elle compétence pour examiner s’il y avait enquête sur la question de savoir s’il y avait application de l’obligation du successeur? — Le cas échéant, l’exercice par la Commission de sa compétence était-il manifestement déraisonnable? — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 18.

Relations de travail — Syndicats — Droits du successeur — Une société continuant à exploiter une entreprise assujettie à une convention collective et créant une société parallèle sans syndicat — La Commission des relations du travail peut-elle reconnaître l’existence de l’obligation du successeur? — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 89(1).

R. c. Kuldip 618

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès — Contre-interrogatoire d’un accusé, au cours d’un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur dans le but d’attaquer sa crédibilité — Le contre-interrogatoire contrevient-il à l’art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Preuve — Contre-interrogatoire — Auto-incrimination — Nouveau procès — Contre-interrogatoire d’un accusé, au cours d’un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur dans le but d’attaquer sa crédibilité — Le contre-interrogatoire contrevient-il à l’art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés ou à l’art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada?

Stoffman c. Vancouver General Hospital 483

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — Un hôpital fait-il partie du gou-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory loss of hospital privileges at age 65 unless competence proven — Whether or not mandatory retirement policy “law” — If so, whether or not s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

SOMMAIRE (Fin)

vement avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l’affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l’âge — Perte automatique à 65 ans des privilèges accordés par un hôpital à moins de preuve de compétence — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l’affirmative, enfreint-elle l’art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

The University of British Columbia
Appellant, Cross-Respondent

v.

John R. Connell *Respondent, Cross-Appellant*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Nova Scotia and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

and between

The University of British Columbia
Appellant, Cross-Respondent

v.

Robert Cameron Harrison *Respondent, Cross-Appellant*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Nova Scotia and the Attorney General of British Columbia *Interveners*

INDEXED AS: HARRISON v. UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA

File No.: 20785.

1989: May 17, 18; 1990: December 6.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether or not university "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether or not mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory retirement at age 65 — Whether or not mandatory retirement policy "law" — If so, whether or

*Chief Justice at the time of hearing.

L'Université de la Colombie-Britannique
Appelante, Intimée dans le pourvoi incident

c.

^a **John R. Connell** *Intimé, Appelant dans le pourvoi incident*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

et entre

^c **L'Université de la Colombie-Britannique**
Appelante, Intimée dans le pourvoi incident

c.

^d **Robert Cameron Harrison** *Intimé, Appelant dans le pourvoi incident*

et

^e **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Nouvelle-Écosse et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

^f RÉPERTORIÉ: HARRISON c. UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

N° du greffe: 20785.

1989: 17, 18 mai; 1990: 6 décembre.

^g Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — L'université fait-elle partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.*

ⁱ *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire à 65 ans — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? —*

*Juge en chef à la date de l'audition.

not s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 32.

Constitutional law — Civil rights — Age discrimination — Protection against age discrimination in employment not extending to those over 65 — Whether provision infringing s. 15 of the Charter — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 — Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 1, 8(1).

Respondents were retired at age 65 pursuant to the University of British Columbia's mandatory retirement policy. This policy formed part of the university's terms of employment. Respondents applied to the Supreme Court of British Columbia for declarations that that policy violated s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as discriminating on the basis of age. They also sought declarations that the definition of "age" in s. 1 of the *Human Rights Act* was contrary to s. 15(1) of the *Charter*. This definition restricted the scope of the general prohibition against discrimination in employment on the basis of age in s. 8(1) of the Act to those between the ages of 45 and 65.

The management, administration and control of the property, revenue, business and affairs of the university are vested in a board of governors under the *University Act*. The provincial government had the power to appoint a bare majority (8 of 15) of its members, but two of these were selected on the nomination of the alumni association. It appointed a minority of the university's senate — the body exercising the university's academic government.

Respondents' applications to the Supreme Court of British Columbia were dismissed. The distinction based on age in the *Human Rights Act* was found to be not so unreasonable as to amount to discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter* and the *Charter* was found to have no application to the university's mandatory retirement policy. The Court of Appeal allowed the appeals to the extent that it declared that s. 8(1) of the *Human Rights Act* violated s. 15(1) of the *Charter* and was not saved by either ss. 1 or 15(2). It confirmed that the *Charter* did not apply to the university. The university appealed on the issues relating to the *Human Rights Act* and respondents cross-appealed on the issues concerning the application of s. 15(1) of the *Charter* to the university's mandatory retirement policy. The constitu-

Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 32.

Droit constitutionnel — Libertés publiques — Discrimination fondée sur l'âge — Protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi ne s'étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans — La disposition viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? — Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 — Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 1, 8(1).

Les intimés ont pris leur retraite à l'âge de 65 ans conformément à la politique de retraite obligatoire de l'Université de la Colombie-Britannique. Cette politique faisait partie des conditions d'emploi de l'université. Les intimés ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire portant que cette politique viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle est discriminatoire en raison de l'âge. Ils ont également demandé un jugement déclaratoire portant que la définition du terme «âge» à l'art. 1 de la *Human Rights Act* est contraire au par. 15(1) de la *Charte*. Cette définition restreint la portée de l'interdiction générale contre toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi contenue au par. 8(1) de la Loi à ceux qui ont entre 45 et 65 ans.

En vertu de la *University Act*, la gestion, l'administration et le contrôle des biens, des revenus et des affaires de l'université relèvent d'un conseil des gouverneurs. Le gouvernement provincial a le pouvoir de nommer une majorité simple (8 sur 15) des membres du conseil des gouverneurs, mais deux de ceux-ci sont désignés par l'association des anciens étudiants. Il nomme une minorité des membres du sénat, l'organisme qui prend les décisions de l'université en matière d'enseignement.

Les demandes des intimés à la Cour suprême de la Colombie-Britannique ont été rejetées. La distinction fondée sur l'âge dans la *Human Rights Act* n'était pas déraisonnable au point de constituer de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte* et la *Charte* ne s'appliquait pas à la politique de retraite obligatoire de l'université. La Cour d'appel a accueilli les appels dans la mesure où elle a déclaré que le par. 8(1) de la *Human Rights Act* violait le par. 15(1) de la *Charte* et n'était justifié ni par l'article premier ni par le par. 15(2). Elle a confirmé que la *Charte* ne s'appliquait pas à l'université. L'université se pourvoit sur les questions concernant la *Human Rights Act*. Les intimés interjettent un pourvoi incident sur les questions concernant l'application du par. 15(1) de la *Charte* à la politique de retraite obliga-

tional questions before this Court queried: (1) whether the *Charter* applied to U.B.C. and to its policy of mandatory retirement; (2) if so, whether that policy contravened s. 15(1) of the *Charter*; (3) and if so, whether that policy was demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*; and finally, (4) whether the provision of the *Human Rights Act* limiting protection in employment situations to those between the ages of 45 and 65 violated s. 15(1). The Attorneys General of Canada, Ontario, Nova Scotia and British Columbia intervened.

Held (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Held (Wilson J. dissenting): The cross-appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: The appeal should be allowed and the cross-appeal dismissed for the reasons given in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. The higher degree of governmental control present here did not justify the application of the *Charter*. A distinction must be made between ultimate or extraordinary control and routine or regular control. The fact that the university is fiscally accountable under various acts did not establish government control upon the core functions of the university and, in particular, upon the policy and contracts in issue.

Per Sopinka J.: The conclusions and reasons of La Forest J. were agreed with in respect of all issues except whether the mandatory retirement policy of the university is law within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. The issue should not be decided on the basis of an assumption that the university is part of government.

Per Cory J.: Wilson J.'s tests for determining whether entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government are nonetheless a part of the government to which the *Charter* applies were agreed with. The University of British Columbia accordingly formed part of "government" for purposes of s. 32 of the *Charter* and its policy of mandatory retirement contravened s. 15 of the *Charter* because that policy discriminated on the basis of age. This policy, however, was justified under s. 1 of the *Charter*. Section 8(1) of the *Human Rights Act* of British Columbia also contravened s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on the basis of age but it too was justified under s. 1.

toire de l'université. Les questions constitutionnelles adressées à la Cour sont de savoir (1) si la *Charte* s'applique à l'U.C.-B. et à sa politique de retraite obligatoire; (2) dans l'affirmative, si cette politique enfreint le par. 15(1) de la *Charte*; (3) dans l'affirmative, si cette politique est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*; et enfin, (4) si la disposition de la *Human Rights Act* qui limite la protection aux personnes âgées de 45 à 64 ans viole le par. 15(1) de la *Charte*. Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique sont intervenus.

Arrêt (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes): Le pourvoi est accueilli.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi incident est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Gonthier: Le pourvoi est accueilli et le pourvoi incident rejeté pour les motifs formulés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Le contrôle gouvernemental plus grand en l'espèce ne justifie pas l'application de la *Charte*. Il faut faire une distinction entre le contrôle ultime ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. Le fait que différentes lois rendent l'université responsable sur le plan fiscal n'établit pas que le gouvernement exerce un contrôle sur les fonctions essentielles de l'université et, en particulier, sur les politiques et les contrats dont il est question.

Le juge Sopinka: Il y a accord avec les conclusions et les motifs du juge La Forest relativement à toutes les questions en litige à l'exception de celle de savoir si la politique de retraite obligatoire de l'université est une «loi» au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Cette question ne devrait pas être tranchée sur le fondement de l'hypothèse que l'université fait partie du gouvernement.

Le juge Cory: Il y a accord avec les critères proposés par le juge Wilson pour déterminer si les entités qui ne font pas de toute évidence partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement font néanmoins partie du gouvernement visé par la *Charte*. L'Université de la Colombie-Britannique fait partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et sa politique de retraite obligatoire contrevient à l'art. 15 de la *Charte* parce qu'elle établit une discrimination fondée sur l'âge. Cette politique est cependant justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe 8(1) de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique contrevient également au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, mais il est lui aussi justifié en vertu de l'article premier.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting on the appeal and concurring on the cross-appeal): For the reasons given in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, the appellant is not "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*. While agreeing with the test proposed by Wilson J., which the appellant does not satisfy, the reasoning of La Forest J. was agreed with on this issue. The impugned age limitation provisions of the British Columbia *Human Rights Act* violate s. 15(1) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1 for the reasons given in *McKinney* and for those of Wilson J. in the present case. Accordingly, the appeal should be dismissed and the offending restrictions on "age" in the *Human Rights Act* should be struck as proposed by Wilson J. The cross-appeal should be dismissed because the *Charter* does not apply to the university.

Section 24(1) of the *Charter* cannot be invoked to grant the respondents a remedy. They could, however, seek redress in a proper forum given that the *Human Rights Act* violates the *Charter*.

Per Wilson J. (dissenting): The *Charter* applies to the University of British Columbia for the reasons given in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and consequently its mandatory retirement policy is unconstitutional. Section 1 of the British Columbia *Human Rights Act* violates the *Charter* and cannot be justified under s. 1.

The criteria relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* include: (1) whether the legislative, executive or administrative branch of government exercises general control over the entity in question; (2) whether the entity performs a traditional government function or one recognized in more modern times as being a state responsibility; and (3) whether the entity acts pursuant to statutory authority specifically granted to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest.

The government function test and the government entity test were met for the reasons given in *McKinney* but these factors, alone, were not sufficient to attract the *Charter*. The government exercised a large measure of control over U.B.C. in the distinct yet interrelated areas of governing structure, policy and funding. U.B.C. accordingly formed part of "government" for the purposes of s. 32 given the fact that it was so heavily funded and regulated by government, together with the fact that it is discharging a traditional government function for the province pursuant to statutory authority. The lack of government control over the mandatory retire-

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente dans le pourvoi seulement): Pour les motifs exposés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, l'appellante n'est pas le «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Tout en souscrivant au test proposé par le juge Wilson, auquel l'appellante ne satisfait pas, le juge L'Heureux-Dubé adopte le raisonnement du juge La Forest sur ce point. Les dispositions contestées de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique violent le par. 15(1) de la *Charte* et ne peuvent se justifier en vertu de l'article premier pour les motifs exposés dans l'arrêt *McKinney* et ceux du juge Wilson en l'espèce. En conséquence, le pourvoi doit être rejeté et les dispositions contestées concernant l'«âge», dans la *Human Rights Act*, doivent être invalidées comme le propose le juge Wilson. Le pourvoi incident doit être rejeté parce que la *Charte* ne s'applique pas à l'université.

On ne peut invoquer le par. 24(1) de la *Charte* pour accorder réparation aux intimés. Ils pourraient toutefois demander réparation devant le forum approprié étant donné que la *Human Rights Act* viole la *Charte*.

Le juge Wilson (dissidente): Pour les motifs donnés dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, la *Charte* s'applique à l'Université de la Colombie-Britannique et, par conséquent, sa politique de retraite obligatoire est inconstitutionnelle. L'article 1 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique viole la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

Les critères pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une entité est visée par la *Charte* soulèvent notamment les questions de savoir (1) si la branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce un contrôle général sur l'entité en question; (2) si l'entité exerce une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est considérée comme une responsabilité de l'État; et (3) si l'entité agit conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement vise à promouvoir dans le plus grand intérêt public.

Pour les motifs donnés dans l'arrêt *McKinney*, il a été satisfait au critère visant la fonction gouvernementale et à celui qui s'applique à l'entité gouvernementale concernée, mais ces facteurs, pris seuls, ne sont pas suffisants pour faire intervenir la *Charte*. Le gouvernement exerce un contrôle considérable sur l'U.C.-B. dans les domaines distincts mais étroitement liés entre eux que sont le corps dirigeant, la politique et le financement. Par conséquent, l'U.C.-B. fait partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32 compte tenu du fait qu'elle est si largement financée et réglementée par le gouvernement, joint au fait qu'elle accomplit en application de la loi et pour le

ment policy specifically in issue here and over matters specifically directed to the principle of academic freedom did not justify the conclusion that the *Charter* did not apply.

For the reasons expressed in *McKinney*, U.B.C.'s mandatory retirement policy infringed s. 15 because it discriminated against the appellants on the basis of age. The limit embodied in the policy, although "prescribed by law" within the meaning of s. 1, was not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

The age limit in s. 1 of the *Human Rights Act* was not the kind of affirmative action measure envisioned by s. 15(2) of the *Charter*. Section 15(2) enshrined the notion of the necessity of measures designed to redress the drastic effects of discrimination and rendered these measures constitutionally permissible. A measure, to fall within s. 15(2), must be directed towards assuaging the effects of discrimination against a disadvantaged group. Since older workers under the age of 65 have not suffered the burden of discrimination, s. 8(1) cannot be construed as an affirmative action measure designed to ameliorate the effects of that denial of equality.

Section 8(3)(b) of the *Human Rights Act* does not immunize mandatory retirement from the reach of the prohibition against discrimination based on age. The subsection exempted plans drawing upon age and other distinctions to meet their actuarial requirements and did not refer to the use of those plans to justify compelled retirement.

Only the words "and less than 65 years" should be struck from the definition of age in the Act because the appeal deals only with the age cap expressed in s. 1.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; **referred to:** *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, affirming (1986), 27 D.L.R. (4th) 600; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483.

compte de la province une fonction qui appartient traditionnellement au gouvernement. L'absence de contrôle gouvernemental sur la politique de retraite obligatoire précisément en cause en l'espèce et sur les questions qui visent expressément le principe de la liberté de l'enseignement ne justifie pas la conclusion que la *Charte* ne s'applique pas.

Pour les motifs exprimés dans l'arrêt *McKinney*, la politique de retraite obligatoire adoptée par l'U.C.-B. viole l'art. 15 parce qu'elle établit à l'égard des appelants une discrimination fondée sur l'âge. La limite d'âge inscrite dans la politique, bien qu'elle soit conforme à «une règle de droit» au sens de l'article premier, n'est pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La limite d'âge prévue à l'art. 1 de la *Human Rights Act* n'est pas le genre de programme de promotion sociale envisagé au par. 15(2) de la *Charte*. Ce paragraphe enchâsse la notion de la nécessité des mesures destinées à corriger les graves effets de la discrimination et assure la constitutionnalité de ces mesures. Pour relever du par. 15(2), une mesure doit être destinée à amoindrir les effets de la discrimination contre un groupe défavorisé. Puisque les travailleurs âgés qui n'ont pas encore atteint l'âge de 65 ans n'ont pas été victimes de discrimination, le par. 8(1) ne peut s'interpréter comme étant un programme de promotion sociale destiné à obvier aux effets de ce déni d'égalité.

L'alinéa 8(3)(b) de la *Human Rights Act* n'a pas pour effet de soustraire la retraite obligatoire à l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge. L'alinéa soustrait les régimes qui se fondent sur l'âge et d'autres particularités pour satisfaire à leurs exigences actuarielles et il ne vise pas l'application de ces régimes pour justifier la retraite obligatoire.

Seuls les mots «et moins de soixante-cinq ans» devraient être radiés de la définition de l'âge dans la Loi parce que ces pourvois ne traitent que de la limite d'âge mentionnée à l'art. 1.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; **arrêts mentionnés:** *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, conf. (1986), 27 D.L.R. (4th) 600; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

By Sopinka J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting on the appeal only)

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229.

By Wilson J. (dissenting on the appeal and the cross-appeal)

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

Statutes and Regulations Cited

Auditor General Act, R.S.B.C. 1979, c. 24.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), (2), 24(1), 32.

Compensation Stabilization Act, S.B.C. 1982, c. 32.

Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1979, c. 76.

Education Excellence Appropriation Act, S.B.C. 1986, c. 6.

Financial Administration Act, S.B.C. 1981, c. 15.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 1, 8.

Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53.

Industrial Relations Reform Act, S.B.C. 1987, c. 24, s. 69.

University Act, R.S.B.C. 1979, c. 419, as amended by S.B.C. 1987, c. 48, ss. 2, 3(2), 19, 22(1), 27, 30, 33, 34(2)(j), 36(f), (i), (q), 37, 46, 46.1(2), 46.2, 47(2), 48, 50, 51, (64, 69, 71, 72, 74 unamended act), 77.

University Foundations Act, S.B.C. 1987, c. 50, ss. 1, 2, 4.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145, 49 D.L.R. (4th) 687, [1988] 2 W.W.R. 688, 40 C.R.R. 205, allowing the appeals from a judgment of Taylor J. (1986), 30 D.L.R. (4th) 206, 34 B.L.R. 57, [1986] 6 W.W.R. 7, 25 C.R.R. 1, 14 C.C.E.L. 90, to the extent that it declared that s. 8(1) of the *Human Rights Act* violated s. 15(1) of the *Charter* and was not saved either by ss. 1 or 15(2) and confirming the *Charter* did not apply to the university. Appeal allowed (Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting) and cross-appeal dismissed (Wilson J. dissenting).

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

^a Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente dans le pourvoi seulement)

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229.

^b Citée par le juge Wilson (dissidente dans le pourvoi et le pourvoi incident)

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Lois et règlements cités

^d *Auditor General Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 24.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), (2), 24(1), 32.

Code des droits de la personne, 1981, S.O. 1981, ch. 53.

Compensation Stabilization Act, S.B.C. 1982, ch. 32.

Court Order Interest Act, R.S.B.C. 1979, ch. 76.

Education Excellence Appropriation Act, S.B.C. 1986, ch. 6.

Financial Administration Act, S.B.C. 1981, ch. 15.

Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 1, 8.

Industrial Relations Reform Act, S.B.C. 1987, ch. 24, art. 69.

University Act, R.S.B.C. 1979, ch. 419, mod. par S.B.C. 1987, ch. 48, art. 2, 3(2), 19, 22(1), 27, 30, 33, 34(2)(j), 36(f), (i), (q), 37, 46, 46.1(2), 46.2, 47(2), 48, 50, 51, (64, 69, 71, 72, 74 loi non modifiée), 77.

^g *University Foundations Act*, S.B.C. 1987, ch. 50, art. 1, 2, 4.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145, 49 D.L.R. (4th) 687, [1988] 2 W.W.R. 688, 40 C.R.R. 205, qui a accueilli les appels d'un jugement du juge Taylor (1986), 30 D.L.R. (4th) 206, 34 B.L.R. 57, [1986] 6 W.W.R. 7, 25 C.R.R. 1, 14 C.C.E.L. 90, dans la mesure où il déclarait que le par. 8(1) de la *Human Rights Act* violait le par. 15(1) de la *Charte* et n'était justifié ni par l'article premier ni par le par. 15(2) et qui a confirmé que la *Charte* ne s'appliquait pas à l'université. Pourvoi accueilli (les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes) et pourvoi incident rejeté (le juge Wilson est dissidente).

D. M. M. Goldie, Q.C., and P. R. Sheen, for the appellant and cross-respondent.

Peter A. Gall, Donald J. Jordan, Q.C., Robin Elliot and Susan P. Arnold, for the respondent and cross-appellant John R. Connell.

F. Andrew Schroeder and Cheryl L. Vickers, for the respondent and cross-appellant Robert Cameron Harrison.

Duff Friesen, Q.C., and Virginia McRae Lajeunesse, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and Robert E. Charney, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Alison W. Scott, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

E. R. A. Edwards, Q.C., and George H. Copley, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J.—The broad issue in these appeals is whether the appellant University of British Columbia's mandatory retirement policy respecting the members of its faculty and administrative staff may be upheld in light of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, it raises the same issues as those considered in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and arises out of similar facts.

Facts

The university established its mandatory retirement policy in 1939. The policy was incorporated in the terms of employment of the respondents Harrison, a tenured professor, and Connell, a non-union administrative officer. Pursuant to this arrangement, the respondents were retired from employment upon reaching the age of 65.

The respondents applied to the Supreme Court of British Columbia seeking declarations that the university's mandatory retirement policy violates s.

D. M. M. Goldie, c.r., et P. R. Sheen, pour l'appelante et l'intimée dans le pourvoi incident.

Peter A. Gall, Donald J. Jordan, c.r., Robin Elliot et Susan P. Arnold, pour l'intimé et l'appelant dans le pourvoi incident John R. Connell.

F. Andrew Schroeder et Cheryl L. Vickers, pour l'intimé et l'appelant dans le pourvoi incident Robert Cameron Harrison.

Duff Friesen, c.r., et Virginia McRae Lajeunesse, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Janet E. Minor et Robert E. Charney, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Alison W. Scott, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

E. R. A. Edwards, c.r., et George H. Copley, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST—La grande question que soulèvent ces pourvois est de savoir si la politique de retraite obligatoire de l'appelante, l'Université de la Colombie-Britannique, applicable aux membres de son corps professoral et de son personnel administratif peut être maintenue compte tenu de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, les pourvois soulèvent les mêmes questions que celles qui ont été examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et découlent de faits semblables.

Les faits

L'université a établi sa politique de retraite obligatoire en 1939. La politique faisait partie des conditions d'emploi des intimés Harrison, un professeur permanent, et Connell, un agent administratif non syndiqué. Conformément à cette entente, les intimés ont dû prendre leur retraite à l'âge de 65 ans.

Les intimés ont demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de rendre un jugement déclaratoire portant que la politique de retraite

15(1) of the *Charter* as discriminating against them on the ground of age. They also sought declarations that the definition of "age" in s. 1 of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, which restricts the scope of the general prohibition against discrimination in employment on the basis of age in s. 8(1) of the Act to those between the ages of 45 and 65, is also contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Section 8 of the *Human Rights Act* reads:

8. (1) No person or anyone acting on his behalf shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person with respect to employment or any term or condition of employment,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, physical or mental disability, sex or age of that person or because of his conviction for a criminal or summary conviction charge that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

(2) No employment agency shall refuse to refer a person for employment for any reason mentioned in subsection (1).

(3) Subsection (1) does not apply

- (a) as it relates to age, to any bona fide scheme based on seniority, or
- (b) as it relates to marital status, physical or mental disability, sex or age, to the operation of any bona fide retirement, superannuation or pension plan or to a bona fide group or employee insurance plan.

(4) Subsections (1) and (2) do not apply with respect to a refusal, limitation, specification or preference based on a bona fide occupational requirement.

"Age" is defined in s. 1 of the Act as follows:

1. In this Act

"age" means an age of 45 years or more and less than 65 years;

obligatoire de l'université viole le par. 15(1) de la *Charte* parce qu'elle est discriminatoire à leur endroit en raison de l'âge. Ils ont également demandé un jugement déclaratoire portant que la définition du terme [TRADUCTION] «âge» à l'art. 1 de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, qui restreint la portée de l'interdiction générale contre toute discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi contenue au par. 8(1) de la Loi à ceux qui ont entre 45 et 65 ans, est également contraire au par. 15(1) de la *Charte*. L'article 8 de la *Human Rights Act* se lit ainsi:

[TRADUCTION] 8. (1) Nul ne doit, de son propre chef ou en sa qualité de mandataire,

- a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;
- b) défavoriser une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi;

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d'origine, de sa religion, de son état matrimonial, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son âge ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction criminelle ou d'une infraction punissable par procédure sommaire qui n'ont aucun rapport avec l'emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

(2) Aucun bureau de placement ne doit refuser de recommander une personne à un employeur pour une raison mentionnée au paragraphe (1).

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

- a) en ce qui concerne l'âge, à un régime d'ancienneté légitime;
- b) en ce qui concerne l'état matrimonial, les déficiences physiques ou mentales, le sexe ou l'âge, à l'application d'un régime légitime de retraite ou de pension ou à un régime légitime d'assurance de groupe ou d'employés.

(4) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas à un refus, une limite, une spécification ou une préférence fondés sur une exigence professionnelle réelle.

Le terme [TRADUCTION] «âge» est ainsi défini à l'art. 1 de la Loi:

[TRADUCTION] 1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente Loi.

«âge» quarante-cinq ans ou plus et moins de soixante-cinq ans.

Under the *University Act*, R.S.B.C. 1979, c. 419, the management, administration and control of the property, revenue, business and affairs of the university are vested in a board of governors consisting of 15 members. Eight of the members are appointed by the Lieutenant Governor in Council, but two of these must be nominated by the alumni association. The provincial government, therefore, has the power to appoint a majority of the members of the board of governors, but it does not have the power to select a majority. The academic government of the university is vested in the senate, only a minority of the members of which are appointed by the Lieutenant Governor.

Judicial History

Supreme Court of British Columbia (1986), 30 D.L.R. (4th) 206

Taylor J. dismissed the respondents' applications. He found that the distinction based on age was not shown to be unreasonable or unfair so as to amount to discrimination within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. His conclusion was founded on the fact that the retirement scheme was a known term of the contracts of employment and that it was combined with pension arrangements and other benefits. The retirement scheme also served reasonable employment objectives of the employer. Finally, the abolition of the retirement scheme would have a "potentially more severe impact on other people less fortunately situated and whose interests must be balanced with those of the complainants in assessing the 'reasonableness' of the scheme" (at p. 215).

Taylor J. also concluded that the *Charter* had no application to the mandatory retirement policy of the university. The employment agreements, he held, were essentially private contracts, the contents of which did not reflect government policy. He noted that the university was not engaged in the exercise of governmental authority, did not provide a governmental service, and did not, in determining its employment policies, perform a function of government.

En vertu de la *University Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 419, la gestion, l'administration et le contrôle des biens, des revenus et des affaires de l'université relèvent d'un conseil des gouverneurs composé de 15 membres. Huit membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, mais deux de ceux-ci doivent être désignés par l'association des anciens étudiants. Par conséquent, le gouvernement provincial a le pouvoir de nommer la majorité des membres du conseil des gouverneurs, mais il n'a pas le pouvoir de choisir la majorité. Les décisions de l'université en matière d'enseignement sont prises par le sénat et seule une minorité de ses membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur.

L'historique judiciaire

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 30 D.L.R. (4th) 206

Le juge Taylor a rejeté les demandes des intimés. Il a conclu que la distinction fondée sur l'âge n'était pas déraisonnable ou injuste au point de constituer de la discrimination au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il a fondé sa conclusion sur le fait que le régime de retraite était une condition connue des contrats en matière d'emploi et qu'il était associé à des ententes en matière de retraite et d'autres avantages. Le régime de retraite répondait également à des objectifs raisonnables en matière d'emploi. Enfin, l'abolition du régime de retraite aurait un [TRADUCTION] «effet vraisemblablement plus sévère envers d'autres personnes moins fortunées dont les intérêts doivent être mis en balance avec ceux des plaignants dans l'appréciation du caractère «raisonnable» du régime» (à la p. 215).

Le juge Taylor a également conclu que la *Charte* ne s'appliquait pas à la politique de retraite obligatoire de l'université. Il a conclu que les contrats en matière d'emploi étaient essentiellement de nature privée et que leur contenu ne reflétait pas une politique gouvernementale. Il a souligné que l'université n'était pas engagée dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental, ne fournissait pas de services gouvernementaux et ne remplissait pas une fonction du gouvernement en fixant ses politiques d'emploi.

In considering the scope of s. 15(1) of the *Charter*, Taylor J. observed that this provision requires that there be equality of treatment before and under the law and equal benefit of the law to all without discrimination. He found no law involved in the university's retirement practices. Nor was he persuaded that the complainants had been denied protection or benefit of law within the meaning of s. 15(1). Thus, in Taylor J.'s view, not only was the *Charter* inapplicable, but s. 15(1) could not, in any event, have provided relief in this case.

Taylor J. further thought it would be improper to derive from a combination of s. 15 of the *Charter* and ss. 1 and 8 of the *Human Rights Act* "a prohibition on mandatory retirement of general application in this province when this result is contrary to the intentions of the framers both of the *Charter* and of the provincial statute" (at p. 219). He noted that the protection against age-based discrimination in employment granted to those below the age of 65 does not constitute age-based discrimination against those aged 65 and over. Rather, as he put it at p. 219, it is "an exercise of the discretion assigned to the Legislature by the Constitution to decide for itself whether, when and how it will legislate in this field".

British Columbia Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145

The Court of Appeal allowed the appeals to the extent of declaring that s. 8(1) of the *Human Rights Act* violated s. 15(1) of the *Charter* and was not saved either by s. 1 or s. 15(2) of the *Charter*. However, it confirmed the trial judge's decision as it related to the application of the *Charter* to the university.

On the issue of the applicability of the *Charter*, the court, using the test developed in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, concluded at p. 150 that the question in this case was

Dans l'examen de la portée du par. 15(1) de la *Charte*, le juge Taylor a souligné que cette disposition précise que la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et que tous ont droit au même bénéfice de la loi sans aucune discrimination. Il a conclu que les pratiques de l'université en matière de retraite n'étaient fondées sur aucune loi. Il n'était pas non plus convaincu que les plaignants avaient été privés de la protection ou du bénéfice de la loi au sens du par. 15(1). Ainsi, de l'avis du juge Taylor, non seulement la *Charte* ne s'appliquait-elle pas, mais le par. 15(1) n'aurait pu en aucun cas apporter de redressement en l'espèce.

Le juge Taylor a cru en outre qu'il ne serait pas approprié de conclure, à partir d'un examen de l'art. 15 de la *Charte* et des art. 1 et 8 de la *Human Rights Act*, [TRADUCTION] «à l'existence d'une interdiction d'application générale dans cette province de la retraite obligatoire lorsque ce résultat est contraire aux intentions des rédacteurs tant de la *Charte* que de la loi provinciale» (à la p. 219). Il a souligné que la protection accordée contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi à ceux qui ont moins de 65 ans ne constitue pas une discrimination fondée sur l'âge contre ceux qui ont 65 ans et plus. Il s'agit plutôt, selon lui, [TRADUCTION] «de l'exercice du pouvoir discrétionnaire que la Constitution confère au législateur de décider lui-même s'il va légiférer dans ce domaine et, le cas échéant, quand et comment il le fera», à la p. 219.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145

La Cour d'appel a accueilli les appels dans la mesure où elle a déclaré que le par. 8(1) de la *Human Rights Act* violait le par. 15(1) de la *Charte* et n'était justifié ni par l'article premier ni par le par. 15(2) de la *Charte*. Cependant, elle a confirmé la décision du juge de première instance en ce qui concerne l'application de la *Charte* à l'université.

Sur la question de l'applicabilité de la *Charte*, la cour, utilisant le critère élaboré dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, a conclu à la p. 150 que la question en

whether there “was such a “direct and precisely defined connection” between the government and the acts of the university alleged to violate the Charter that those acts may be regarded as the exercise of governmental power”. The court first examined whether the government “controlled” the university to the extent that the action of the university, when it set up its retirement policy, was a government action. It concluded that the government did not control the core functions of the university and it could not, therefore, be said that the university’s mandatory retirement policy was one directed or controlled by government.

The court then examined whether the government’s delegation to the university of the task of providing post-secondary education to the public established a “direct and precisely defined connection” between the government and the mandatory retirement policy sufficient for the policy to be regarded as an exercise of government power. On this issue, it concluded at p. 153 that it was the university’s private contracts of employment which were alleged to conflict with the *Charter*, “not its delegated public functions”. Finally, the court noted that the mere fact that the university received much of its funding from government did not render its acts governmental.

The Court of Appeal was therefore unable to find a sufficient connection between the university’s mandatory retirement policy and government. It held that the employment contracts were private matters beyond the purview of the *Charter*.

Turning then to the question whether s. 8 of the *Human Rights Act* violated s. 15(1) of the *Charter*, the court followed its decision in *Re Andrews and Law Society of British Columbia* (1986), 27 D.L.R. (4th) 600, where it had decided that one must determine that a legislative classification was “unreasonable” or “unfair” before it could be determined that s. 15(1) had been breached. The court concluded that denying persons over the age of 65 protection from discrimination in employment was *prima facie* discrimination contrary to s.

l’espèce était de savoir s’il y avait [TRADUCTION] «un tel «lien direct et défini» entre le gouvernement et les actions de l’université dont on dit qu’elles violent la Charte, de sorte que ces actions puissent être considérées comme l’exercice du pouvoir gouvernemental». La cour a d’abord examiné la question de savoir si le gouvernement [TRADUCTION] «contrôlait» l’université suffisamment pour que l’action de l’université, lorsqu’elle a établi sa politique de retraite, soit assimilable à une action du gouvernement. Elle a conclu que le gouvernement ne contrôlait pas les fonctions essentielles de l’université et qu’on ne pouvait donc pas affirmer que la politique de retraite obligatoire de l’université était imposée ou contrôlée par le gouvernement.

La cour a ensuite examiné la question de savoir si en déléguant à l’université l’obligation de fournir un enseignement post-secondaire le gouvernement a établi un [TRADUCTION] «lien direct et défini» entre le gouvernement et la politique de retraite obligatoire permettant de voir dans cette politique l’exercice du pouvoir du gouvernement. Sur cette question, la cour a conclu à la p. 153 que ce que l’on prétendait entrer en conflit avec la *Charte*, c’était les contrats privés de l’université en matière d’emploi et [TRADUCTION] «non ses fonctions publiques déléguées». Enfin, la cour a souligné que le simple fait que l’université était en grande partie subventionnée par le gouvernement ne faisait pas de ses actes des actes gouvernementaux.

La Cour d’appel était donc incapable de conclure à l’existence d’un lien suffisant entre la politique de retraite obligatoire de l’université et le gouvernement. Elle a conclu que les contrats en matière d’emploi étaient de nature privée et ne relevaient pas de la portée de la *Charte*.

Examinant alors la question de savoir si l’art. 8 de la *Human Rights Act* violait le par. 15(1) de la *Charte*, la cour a suivi son arrêt *Re Andrews and Law Society of British Columbia* (1986), 27 D.L.R. (4th) 600, dans lequel elle avait décidé qu’il fallait d’abord déterminer si une classification législative était [TRADUCTION] «déraisonnable» ou [TRADUCTION] «injuste» avant de pouvoir conclure à la violation du par. 15(1). La cour a conclu que priver les personnes de plus de 65 ans de la protection contre la discrimination en matière d’emploi

15(1). The evidence presented did not, in its view, support the conclusion that employment-related discrimination effected by the mandatory retirement policy against those over 65 was fair and reasonable. Rather, it concluded, the exclusion from the protection against such discrimination was unfair. I should note here that in affirming *Andrews*, this Court rejected the distinction between reasonable and unreasonable discrimination, holding that discrimination falling within s. 15(1) must be justified under s. 1 or s. 15(2); see [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 182.

The Court of Appeal was further of the view that the definition of "age" in the *Human Rights Act* is not an affirmative action programme within the meaning of s. 15(2) of the *Charter* as it does not have the object of ameliorating the conditions of a disadvantaged group. There was no evidence that persons between the ages of 45 and 65 constituted a disadvantaged group and that the purpose of the definition was to benefit that disadvantaged group.

The court also concluded that the *Charter* infringement was not saved by s. 1 of the *Charter* as it did not meet the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The means chosen by the legislature to further its objectives of protecting older workers against employment-related discrimination were not reasonable or demonstrably justified. Rather, they were arbitrary and unjustifiably eliminated "the right of the worker who is over 65 years of age not to suffer discrimination in employment". The impugned legislation, it thought, also failed to meet the test of proportionality.

The Court of Appeal, applying the test set out in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, then concluded that it should strike out the offending definition of age in s. 1 of the Act.

constituait *prima facie* une discrimination contraire au par. 15(1). À son avis, la preuve présentée ne permettait pas de conclure que la discrimination en matière d'emploi créée par la politique de retraite obligatoire envers les personnes de plus de 65 ans était juste et raisonnable. Au contraire, elle a conclu que l'exclusion de toute protection contre cette discrimination était injuste. Je dois souligner ici qu'en confirmant l'arrêt *Andrews*, notre Cour a rejeté la distinction entre une discrimination raisonnable et déraisonnable lorsqu'elle a conclu que la discrimination visée par le par. 15(1) doit être justifiée en vertu de l'article premier ou du par. 15(2); voir [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 182.

En outre, la Cour d'appel était d'avis que la définition du terme [TRADUCTION] «âge» dans la *Human Rights Act* ne constitue pas un programme de promotion sociale au sens du par. 15(2) de la *Charte* puisqu'elle n'a pas pour objet d'améliorer les conditions d'un groupe désavantagé. Aucune preuve n'indique que les personnes de 45 à 64 ans constituait un groupe désavantagé et que la définition avait pour but d'améliorer le sort de ce groupe désavantagé.

La cour a également conclu que la violation de la *Charte* n'était pas justifiée par l'article premier de la *Charte*, car elle ne satisfaisait pas au critère formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Les mesures choisies par le législateur pour protéger comme il le souhaitait les travailleurs plus âgés contre toute discrimination en matière d'emploi n'étaient pas raisonnables et on ne pouvait en démontrer la justification. Au contraire, elles étaient arbitraires et supprimaient de façon injustifiable [TRADUCTION] «le droit du travailleur de plus de 65 ans de ne pas faire l'objet de discrimination en matière d'emploi». Elle estimait que la disposition législative contestée ne satisfaisait pas non plus au critère de proportionnalité.

La Cour d'appel, appliquant le critère formulé dans l'arrêt *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503, a alors conclu qu'elle devrait supprimer la définition contestée du terme âge à l'art. 1 de la Loi.

The university sought and was granted leave to appeal to this Court on the issues relating to the *Human Rights Act*. The respondents cross-appealed on the issues concerning the application of s. 15(1) of the *Charter* to the university's mandatory retirement policy. The constitutional questions set forth below were then stated by the Chief Justice, and the Attorney General of Canada, as well as those of Ontario, Nova Scotia and British Columbia, intervened.

Disposition

The facts, issues and constitutional questions being similar to those considered in *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, it follows that the present appeals are governed by that case. For the reasons set forth in *McKinney*, therefore, the appeals should be allowed and the cross-appeals dismissed. The relatively minor factual differences in the two cases do not affect the matter. The fact that in the present case the Lieutenant Governor appoints a majority of the members of the university's Board of Governors or that the Minister of Education may require the university to submit reports or other forms of information does not lead to the conclusion that the impugned policies of mandatory retirement constitute government action. While I would acknowledge that these facts suggest a higher degree of governmental control than was present in *McKinney*, I do not think they suggest the quality of control that would justify the application of the *Charter*. I would in this respect refer to the distinction that I have drawn in the companion appeal of *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483, between ultimate or extraordinary control and routine or regular control; see pp. 513-14. The respondents also sought to establish government control of the university by means of the *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15, the *Auditor General Act*, R.S.B.C. 1979, c. 24, and the *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, c. 32 (repealed by s. 69 of the *Industrial Relations Reform Act*, S.B.C. 1987, c. 24). These Acts, no doubt, apply to the university in that they monitor and regulate the expenditure of public funds it receives. However, I agree with the Court of Appeal, at p. 152,

L'université a demandé avec succès l'autorisation de pourvoi devant notre Cour sur les questions concernant la *Human Rights Act*. Les intimés ont interjeté un pourvoi incident sur les questions concernant l'application du par. 15(1) de la *Charte* à la politique de retraite obligatoire de l'université. Le Juge en chef a alors formulé les questions constitutionnelles reproduites un peu plus loin et le procureur général du Canada ainsi que ceux de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique sont intervenus.

Dispositif

Les faits, les points en litige et les questions constitutionnelles étant semblables à ceux examinés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, il s'ensuit que les présents pourvois sont régis par cet arrêt. Par conséquent, pour les motifs formulés dans l'arrêt *McKinney*, les pourvois devraient être accueillis et les pourvois incidents rejetés. Les différences plutôt mineures entre les faits des deux affaires n'ont pas d'incidence dans celle qui nous occupe. Le fait qu'en l'espèce le lieutenant-gouverneur désigne une majorité des membres du conseil des gouverneurs de l'université ou que le ministre de l'Éducation puisse exiger que l'université soumette des rapports ou d'autres sortes de renseignements n'impose pas la conclusion que les politiques contestées de retraite obligatoire constituent un acte du gouvernement. Je veux bien reconnaître que ces faits suggèrent un contrôle gouvernemental plus grand que celui en cause dans l'arrêt *McKinney*, mais je ne crois pas que l'on puisse y voir la sorte de contrôle qui justifierait l'application de la *Charte*. À cet égard, je renverrais à la distinction que j'ai établie dans le pourvoi complémentaire *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, publié en même temps que celui-ci, entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier; voir pp. 513 et 514. Les intimés ont aussi tenté d'établir l'existence d'un contrôle du gouvernement sur l'université au moyen de la *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, ch. 15, de l'*Auditor General Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 24, et de la *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32 (abrogé par l'art. 69 de l'*Industrial Relations Reform Act*, S.B.C. 1987, ch. 24). Il ne fait aucun

that "the fact that the university is fiscally accountable under these statutes does not establish government control or influence upon the core functions of the university and, in particular, upon the policy and contracts in issue in this case".

I would, therefore, allow the appeals with costs in this Court and in the Court of Appeal, and dismiss the cross-appeals with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the appellant University of British Columbia and to its policy of mandatory retirement at age 65?

No.

2. If so, does the appellant University of British Columbia's policy of mandatory retirement at age 65 contravene s. 15(1) of the *Charter*?

If the *Charter* applied, the policy would contravene s. 15(1).

3. If so, is the appellant University of British Columbia's policy of mandatory retirement at age 65 demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

If the *Charter* applied, the policy would be justified under s. 1.

4. Does the provision which limits age protection in s. 8(1) of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, to those of 45 years or more and less than 65 years violate s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

5. If so, is this provision (a) not precluded by virtue of s. 15(2) of the *Charter*; or (b) demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

The provision is demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*. It is not necessary to consider s. 15(2).

doute que ces lois s'appliquent à l'université en ce qu'elles régissent et réglementent les dépenses des fonds publics que l'université reçoit. Cependant, je partage l'avis de la Cour d'appel, à la p. 152, que
 a [TRADUCTION] «le fait que ces lois rendent l'université responsable sur le plan fiscal n'établit pas que le gouvernement exerce un contrôle ou une influence sur les fonctions essentielles de l'université et, en particulier, sur les politiques et les
 b contrats dont il est question en l'espèce».

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant notre Cour et en Cour d'appel et de rejeter les pourvois incidents avec dépens. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'Université de la Colombie-Britannique appelante et à sa politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans?

Non.

2. Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans de l'Université de la Colombie-Britannique appelante enfreint-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

Si la *Charte* s'appliquait, la politique enfreindrait le par. 15(1).

3. Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans de l'Université de la Colombie-Britannique appelante est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Si la *Charte* s'appliquait, la politique serait justifiée en vertu de l'article premier.

4. La disposition, qui limite aux personnes âgées de 45 à 64 ans la protection quant à l'âge accordée par le par. 8(1) de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

5. Dans l'affirmative, cette disposition n'est-elle pas a) permise par le par. 15(2) de la *Charte* ou b) justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

La disposition est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire d'examiner le par. 15(2).

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice L'Heureux-Dubé and, for the reasons I gave in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I must respectfully disagree with them that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application to the University of British Columbia. In my view, the *Charter* does apply and as a consequence the appellant's policy of mandatory retirement is unconstitutional. It is also my view that s. 1 of the *British Columbia Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, violates the *Charter* and cannot be justified under s. 1. While the questions raised by these appeals are generally similar to those this Court addressed in *McKinney*, there are some important differences and I wish to deal with those.

I. Does the *Charter* Apply to the University of British Columbia?

In *McKinney* I identified the criteria I thought were relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* under s. 32. I indicated, at p. 370, that:

... I would favour an approach that asks the following questions about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government:

1. Does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question?
2. Does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state?
3. Is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

In my opinion, application of this three-part test in these appeals leads to the conclusion that the *Charter* applies to the University of British Columbia. The evidentiary base is substantially the same in these appeals as in those involving the Ontario universities at issue in *McKinney* as far as the role of government in the provision of educa-

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues, les juges La Forest et L'Heureux-Dubé, et pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, je ne saurais me ranger à leur opinion selon laquelle la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas à l'Université de la Colombie-Britannique. À mon avis, la *Charte* s'applique à cette université, et conséquemment la politique de retraite obligatoire de l'appelante est inconstitutionnelle. J'estime également que l'art. 1 de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique, S.B.C. 1984, ch. 22, viole la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l'article premier. Bien que les questions soulevées par ces pourvois soient généralement semblables à celles sur lesquelles cette Cour s'est prononcée dans l'affaire *McKinney*, il existe néanmoins certaines différences importantes dont je veux traiter.

I. La *Charte* s'applique-t-elle à l'Université de la Colombie-Britannique?

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai dégagé les critères qui me semblaient pertinents lorsqu'il s'agit de déterminer si une entité est visée par la *Charte* en vertu de l'art. 32. J'ai dit ce qui suit à la p. 370:

... je favoriserais une méthode qui soulève les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement:

1. La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question?
2. L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État?
3. L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

À mon sens, l'application de ce critère en trois volets dans les présents pourvois impose la conclusion que la *Charte* s'applique à l'Université de la Colombie-Britannique. En effet, dans ces pourvois, les éléments de preuve sont substantiellement les mêmes que ceux qui se rapportaient aux universités ontariennes en cause dans l'arrêt *McKinney*.

tion and the general structure by which government has chosen to fulfil that function is concerned. I find, therefore, for the reasons I gave in *McKinney*, that the government function test and the government entity test have both been met. As in *McKinney*, however, I would not be prepared to conclude that the *Charter* applies to the University of British Columbia on the basis of these two factors alone. The question therefore remains as to whether the government exercises such measure of control over the appellant as to make it a government entity for the purpose of s. 32(1).

A review of the various connections between the province and the University of British Columbia leads me to conclude that the provincial government exercises a substantial measure of control over the appellant. The government has exercised control over the University in three distinct yet interrelated areas: (1) governing structure; (2) policy; and (3) funding.

Dealing first with control over the governing structure of the University, the *University Act*, R.S.B.C. 1979, c. 419, as amended by S.B.C. 1987, c. 48, delineates the function and powers of the university and their constituent elements. Section 2 provides that the Lieutenant Governor in Council shall be the Visitor of the University and has the "authority to do all acts which pertain to Visitors." Section 3(2) establishes that the university shall be composed of a chancellor, a convocation, a board, a senate and faculties. Academic governance of the university is vested in the senate. While the actual size of the senate varies according to the number of faculties in the University at any one time, four members of the senate are appointed by the Lieutenant Governor (s. 34(2)(j)). A greater measure of government control is to be found in the composition of the board of governors, the body in which governance of the University is largely reposed. Section 19 provides that the board is to be composed of 15 members, 8 of whom are appointed by the Lieutenant Governor. As has been noted by the Court of Appeal, two of these appointees must be appointed from among persons nominated by the

pour ce qui est du rôle du gouvernement dans la prestation de l'instruction et du système général par l'entremise duquel il a choisi de remplir cette fonction. Je conclus donc, pour les motifs que j'ai donnés dans l'arrêt *McKinney*, que sont satisfaits le critère de la fonction gouvernementale et celui de l'entité gouvernementale. Toutefois, comme dans l'arrêt *McKinney*, je ne serais pas disposée à conclure que la *Charte* s'applique à l'Université de la Colombie-Britannique uniquement en raison de ces deux facteurs. La question reste donc de savoir si le gouvernement exerce sur l'appelante un contrôle suffisant pour en faire une entité gouvernementale aux fins du par. 32(1).

L'étude des divers rapports entre la province et l'Université de la Colombie-Britannique me porte à conclure que le gouvernement provincial exerce un contrôle considérable sur l'appelante. Ce contrôle s'est exercé dans trois domaines distincts mais étroitement liés entre eux: (1) l'organisation interne; (2) la politique; et (3) le financement.

Pour ce qui est tout d'abord du contrôle exercé sur l'organisation interne de l'université, la *University Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 419, modifiée par les S.B.C. 1987, ch. 48, énonce les fonctions et les pouvoirs de l'université et leurs éléments constitutifs. L'article 2 prévoit que le lieutenant-gouverneur en conseil est le visiteur de l'université et qu'il a [TRADUCTION] «l'autorité de faire tous les actes propres aux Visiteurs.» Le paragraphe 3(2) dit que l'université se compose d'un chancelier, d'une assemblée délibérante, d'un conseil des gouverneurs, d'un sénat et de facultés. L'autorité suprême en matière d'enseignement appartient au sénat. Bien que la taille du sénat soit fonction constante du nombre des facultés de l'université, quatre de ses membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur (al. 34(2)(j)). On trouve l'indice d'un contrôle gouvernemental encore plus grand dans la composition du conseil des gouverneurs, le corps à qui est confiée en grande partie la direction de l'université. L'article 19 prévoit que ce conseil se compose de 15 membres, dont 8 sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. Comme l'a souligné la Cour d'appel, deux de ces derniers membres doivent être choisis parmi les personnes

alumni association. Thus, the Lieutenant Governor enjoys majority power in terms of appointment, but does not enjoy majority power in terms of selection. On the other hand, under s. 22(1) of the Act, the Lieutenant Governor “may, at any time, remove from office an appointed member of the board.”

The authority of the board as set out in Part 6 of the Act is broad and diverse. In particular, the board has under s. 27 general authority over the “management, administration and control of the property, revenue, business and affairs of the university”. The University enjoys special government-like powers in a number of respects and the exercise of these would presumably fall under the jurisdiction of the board. It has the power to expropriate property under s. 48 and its property is protected against expropriation under s. 50. It is exempt from taxation under s. 51. The board may also borrow money to meet University expenditures (s. 30) and appoint advisory boards for purposes it considers advisable (s. 33). The University may not dispose of its property without the approval of the Lieutenant Governor (s. 47(2)).

The board’s powers were at one time subject to the authority of the Council of the University, a statutory body created pursuant to s. 64 of the unamended Act. The Council consisted of 11 members all of whom were appointed by the Lieutenant Governor. The Council had the power to hold public and in camera hearings (s. 71), to enter into agreements with various levels of government (s. 72), and to act as a commissioner and to examine witnesses under oath (s. 74). The Council was required to submit an annual report to the minister detailing the financial aspects of the University’s operations. The bulk of its powers, which were largely supervisory, were enumerated in s. 69 of the Act. A perusal of the list of matters over which the Council had authority reveals that virtually no limits were placed upon its powers.

nommées par l’association des anciens diplômés de l’université. Ainsi donc, le lieutenant-gouverneur exerce un pouvoir majoritaire pour ce qui est des nominations mais non pas en ce qui concerne le choix des personnes nommées. D’autre part, en vertu du par. 22(1) de la Loi, le lieutenant-gouverneur [TRADUCTION] «peut, en tout temps, destituer un membre nommé au conseil des gouverneurs.»

b L’autorité du conseil des gouverneurs, exposée à la Partie 6 de la Loi, est grande et variée. Plus particulièrement le conseil exerce, en vertu de l’art. 27, une autorité générale sur [TRADUCTION] *c* «la gestion, l’administration et le contrôle des biens, des revenus, des opérations et des activités de l’université». L’université jouit à plusieurs égards de pouvoirs spéciaux ressemblant à ceux du gouvernement, et leur exercice relèverait probablement de la compétence du conseil des gouverneurs. Ainsi, elle a le pouvoir d’exproprier des biens en vertu de l’art. 48, mais ses propres biens sont à l’abri de l’expropriation en vertu de l’art. 50. Elle *d* échappe à la taxation en vertu de l’art. 51. Le conseil des gouverneurs peut aussi emprunter de l’argent pour voir aux dépenses de l’université (art. 30) et nommer des conseils consultatifs pour les fins qu’il considère indiquées (art. 33). L’université *e* ne peut aliéner ses biens sans l’approbation du lieutenant-gouverneur (par. 47(2)). *f*

Les pouvoirs du conseil des gouverneurs étaient autrefois assujettis à l’autorité d’un Conseil de *g* l’université, corps constitué par l’art. 64 de la Loi non modifiée. Ce Conseil se composait de 11 membres, tous nommés par le lieutenant-gouverneur. Le Conseil pouvait tenir des séances publiques et à huis clos (art. 71), conclure des ententes avec *h* divers paliers de gouvernement (art. 72), agir en qualité de commissaire et interroger les témoins sous serment (art. 74). Le Conseil était tenu de soumettre un rapport annuel au ministre, énonçant *i* de façon détaillée les aspects financiers des opérations de l’université. La plus grande partie de ses pouvoirs, qui étaient dans une grande mesure des pouvoirs de surveillance, était énumérée à l’art. 69 de la Loi. L’examen attentif de la liste des matiè- *j* res sur lesquelles s’exerçait l’autorité du Conseil révèle que ses pouvoirs étaient pratiquement illimités.

Based on this review of the powers of the Council, it would appear that the primary function of the Council was to act as a specialized governmental body whose purpose it was to mediate between the University and the minister. After the actions in these appeals were commenced the legislature of British Columbia amended the legislation and disbanded the Council. A more direct means of government control over the University was apparently considered appropriate since many of the powers formerly enjoyed by the Council are now exercised directly by the minister. For example, the University must provide, at the request of the minister, reports and any other information the minister considers necessary in order to carry out his or her duties (s. 46.2).

With respect to University policy, I believe that the province exercises a significant measure of control in this area. As a creature of statute, the University of British Columbia is under a statutory duty to perform certain functions. These obligations are enumerated in Part 10 of the Act. Section 46 provides:

46. Each university shall, so far as and to the full extent which its resources from time to time permit, and subject to Part 12,

- (a) establish and maintain colleges, schools, institutes, faculties, departments, chairs and courses of instruction;
- (b) provide instruction in all branches of knowledge;
- (c) establish faculties for the pursuit of original research in all branches of knowledge;
- (d) establish fellowships, scholarships, exhibitions, bursaries, prizes, rewards and pecuniary and other aids to facilitate or encourage proficiency in the subjects taught in the university and original research in all branches of knowledge;
- (e) provide a program of continuing education in all academic and cultural fields throughout the Province; and
- (f) generally, promote and carry on the work of a university in all its branches, through the cooperative effort of the board, senate and other constituent parts of the university.

Il ressort de l'examen des pouvoirs du Conseil que ce dernier avait pour vocation principale d'agir en qualité d'organisme gouvernemental spécialisé ayant pour objet de servir d'intermédiaire entre l'université et le ministre. Après l'introduction des actions en cause dans ces pourvois, la législature de la Colombie-Britannique a modifié la législation et a dissout le Conseil. Il semble que l'on ait jugé indiqué l'exercice d'un contrôle gouvernemental plus direct sur l'université, car plusieurs des pouvoirs autrefois accordés au Conseil sont désormais exercés directement par le ministre. Par exemple, l'université doit fournir, à la demande du ministre, des rapports et d'autres renseignements que le ministre considère nécessaires à l'exécution de son mandat (art. 46.2).

Pour ce qui est de la politique appliquée par l'université, j'estime que la province exerce à cet égard un contrôle considérable. En qualité d'organisme créé par la loi, l'Université de la Colombie-Britannique a l'obligation légale d'accomplir certaines fonctions. Ces obligations sont énumérées à la Partie 10 de la Loi. L'article 46 prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 46. Chaque université doit dans la pleine mesure où ses ressources le lui permettent, et sous réserve de la partie 12,

- a) établir et soutenir des collèges, des écoles, des instituts, des facultés, des départements, des chaires et des programmes d'instruction;
- b) dispenser un enseignement dans tous les domaines;
- c) établir des facultés pour la poursuite de la recherche authentique dans tous les domaines;
- d) établir des bourses universitaires, des bourses d'études, des prix, des récompenses académiques et une assistance pécuniaire et autre assistance pour favoriser et encourager la compétence dans les matières enseignées à l'université et la recherche authentique dans tous les domaines;
- e) offrir un programme d'éducation permanente dans tous les domaines universitaires et culturels dans toute la province; et
- f) de façon générale, favoriser et réaliser sa vocation universitaire dans toutes ses branches, au moyen des efforts conjugués de son conseil, de son sénat et de ses autres parties constitutives.

The minister exercises supervisory jurisdiction over the University in the performance of its statutory mandate. Subsection 46.1(2) provides:

46.1 . . .

(2) Notwithstanding subsection (1), a university shall not establish a new degree program without the approval of the minister.

Less direct control over matters of academic policy is exercised by the board of governors. As I have already noted, the *University Act* provides that primary responsibility for academic governance rests in the hands of the senate. With respect to some important matters, however, the decisions of the senate are effectively controlled by the board of governors. The senate makes recommendations to the board respecting revision of courses of study, instruction and education in all faculties and departments (s. 36(f)). The senate is prohibited from entering into any agreements with other bodies empowered by statute to prescribe examinations for admission without the approval of the board (s. 36(q)). Finally, every resolution passed by the senate respecting the establishment or discontinuance of any faculty, department, course of instruction, chair fellowship, scholarship, exhibition, bursary or prize (s. 36(i)) as well as internal faculty matters and terms of affiliation with other universities is of no force or effect unless approved by the board (s. 37). It is thus the government dominated board which exercises actual control over a number of policy matters falling within the preliminary jurisdiction of the senate.

Finally, with respect to the issue of funding, the evidence reveals that approximately 80 per cent of the operating costs of the University is borne by the province. It has also been established that the government has set aside special funds for the specific purpose of maintaining the universities not only as financially viable institutions but as first class institutions of higher learning. For instance, in 1986 the legislature passed the *Education Excellence Appropriation Act*, S.B.C. 1986, c. 6,

Le ministre exerce un pouvoir de surveillance sur l'université dans l'exercice du mandat que lui a confié la loi. Le paragraphe 46.1(2) est libellé comme suit:

^a [TRADUCTION] 46.1 . . .

(2) Par dérogation au paragraphe (1), une université ne doit pas établir un nouveau programme de licence sans l'approbation du ministre.

^b Le conseil des gouverneurs exerce un contrôle moins direct sur les questions touchant la politique en matière d'enseignement. Comme je l'ai déjà noté, la *University Act* prévoit que le sénat a la responsabilité principale de l'enseignement dispensé par l'université. Mais les décisions du sénat sont en réalité contrôlées par le conseil des gouverneurs pour ce qui est de certaines questions importantes. Ainsi, le sénat fait des recommandations au conseil des gouverneurs relativement à la révision des programmes d'études, d'instruction et d'enseignement dans tous les départements et facultés (al. 36f)). Il est interdit au sénat de conclure des ententes avec d'autres organismes légalement autorisés à prescrire des examens d'entrée sans l'approbation du conseil des gouverneurs (al. 36q)). Finalement, toute résolution passée par le sénat qui vise l'établissement ou la dissolution d'une faculté, d'un département, d'un programme d'enseignement, d'une chaire, d'une bourse quelconque ou d'un prix (al. 36i)), aussi bien que les questions internes des facultés et les conditions d'affiliation avec les autres universités, est nulle et non avenue sans l'approbation du conseil des gouverneurs (art. 37). C'est donc le conseil des gouverneurs, dominé par le gouvernement, qui exerce le véritable contrôle sur nombre de questions de politique qui relèvent de la compétence préliminaire du sénat de l'université.

En dernier lieu, pour ce qui est du financement de l'université, il ressort de la preuve qu'environ 80 pour cent des frais de fonctionnement de l'université sont assumés par la province. On a aussi établi que le gouvernement a affecté des fonds spéciaux au soutien des universités non seulement en tant qu'établissements financièrement viables mais en qualité d'excellents établissements d'enseignement supérieur. Par exemple, en 1986 la législature a adopté la *Education Excellence Appropriation*

under which an aggregate amount of some \$600 million was to be paid out of the consolidated revenue fund for the purposes of, *inter alia*, improving the quality of educational instruction and research.

Beyond the general provision of operating capital and the establishment of specialized funds, the government has financially assisted the universities in other ways as well. Under the *University Foundations Act*, S.B.C. 1987, c. 50, a number of corporate foundations were statutorily established (s. 1) as agents of the Crown (s. 2) the purposes of which are set out in s. 4 as follows:

4. (1) The purposes of each of the corporations are as follows:

- (a) to develop, foster and encourage public knowledge and awareness of the relevant university and the benefits to the people of the Province in connection with that university;
- (b) to encourage, facilitate and carry out programs and activities that will directly or indirectly increase the financial support of, or confer a benefit on, the corporation for support of the relevant university and programs in which that university is involved;
- (c) to receive, manage and invest funds and property of every nature and kind from any source for the establishment, operation and maintenance of the corporation and to further the purposes of the corporation.

All five members of the corporations are appointed by the Lieutenant Governor, indicating that these are government bodies.

The reach of the province's efforts to assist the universities extends also to the financial assistance of students. The province guarantees loans taken by the University of British Columbia to support a student loan aid fund. Under s. 77 of the *University Act* the fund is managed and administered by a committee of four persons, all of whom are appointed by the Lieutenant Governor.

The provision of government economic assistance has gone hand in hand with government insistence upon financial accountability. There can be no question but that the financial dealings of

Act, S.B.C. 1986, ch. 6, en vertu de laquelle une somme globale de quelque 600 \$ millions devait être prise sur le fonds du revenu consolidé aux fins, notamment, d'améliorer la qualité de l'enseignement et de la recherche éducationnels.

En plus de leur fournir de façon générale des capitaux de fonctionnement et d'établir des fonds spécialisés, le gouvernement a assisté financièrement les universités d'autres façons. En vertu de la *University Foundations Act*, S.B.C. 1987, ch. 50, un certain nombre de fondations constituées ont été établies par la loi (art. 1) en qualité de mandataires de l'État (art. 2) pour les fins exposées comme suit à l'art. 4:

[TRADUCTION] 4. (1) Les objets de chacune des sociétés sont les suivants:

- a) développer, favoriser et encourager la notoriété de l'université concernée auprès du public et faire connaître à ce dernier les avantages qu'elle offre à la population de la province;
- b) encourager, faciliter et mettre en œuvre des programmes et des activités qui augmenteront directement ou indirectement l'assistance financière de la société ou lui conféreront des avantages en vue de soutenir l'université concernée et les programmes que celle-ci met en œuvre;
- c) recevoir, gérer et investir des fonds et des biens de toutes sortes de quelque source que ce soit en vue de l'établissement, du fonctionnement et du maintien de la société et de la poursuite de ses objectifs.

Les cinq membres des sociétés sont tous nommés par le lieutenant-gouverneur, ce qui indique qu'ils sont des organismes gouvernementaux.

L'aide que la province apporte aux universités s'étend aussi au soutien financier des étudiants. En effet, la province se porte garant des prêts contractés par l'Université de la Colombie-Britannique pour financer un fonds d'aide aux prêts aux étudiants. Selon l'art. 77 de la *University Act*, le fonds est géré et administré par un comité de quatre membres, qui sont tous désignés par le lieutenant-gouverneur.

L'assistance économique fournie par le gouvernement va de pair avec la responsabilité financière qu'il exige. Il ne fait aucun doute que les opérations financières des universités sont strictement

the universities are strictly controlled. This fact has been noted by the Court of Appeal as well as by my colleague La Forest J. The University has been treated as a government body under the *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15, a public body under the *Auditor General Act*, R.S.B.C. 1979, c. 24, and a public sector employer under the *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, c. 32 (repealed by s. 69 of the *Industrial Relations Reform Act*, S.B.C. 1987, c. 24).

Before its repeal the *Compensation Stabilization Act* provided that public sector employers were to have their employee compensation practices monitored and regulated by a government appointed commissioner. The Court of Appeal found that the brand of control established by that Act was insufficient to satisfy the requirements of s. 32(1) because it did not specifically touch upon the contractual provision at issue in these appeals. Moreover, it went on to find that the other Acts to which I have referred were similarly insufficient to establish government control as they did not touch upon the core functions of the University. My colleague La Forest J. joins the Court of Appeal in its assertion that the fact that the University is fiscally accountable does not establish government control over academic matters.

I agree that the government does not have a direct hand in the formulation or implementation of the policy of mandatory retirement at issue here. I also agree that fiscal control is not commensurate with control over those university matters directly involving the principle of academic freedom. However, for the reasons I expressed in *McKinney*, I do not think it necessary for government to have control over every aspect of a subordinate body in order to establish that government "controls" that body in a constitutionally significant sense. There may well be instances where it is in the best interests of government to assert only general control over a body and leave to that entity the discretion to deal with certain matters in ways it considers most appropriate to its own objectives. With respect to the universities, it is my view that

contrôlées. La Cour d'appel l'a souligné, ainsi que mon collègue le juge La Forest. L'université a été traitée comme un organisme gouvernemental en vertu de la *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, ch. 15, comme un organisme public sous le régime de la *Auditor General Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 24, et comme un employeur du secteur public aux termes de la *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32 (abrogée par l'art. 69 de la *Industrial Relations Reform Act*, S.B.C. 1987, ch. 24).

Avant son abrogation, la *Compensation Stabilization Act* prévoyait qu'un commissaire nommé par le gouvernement surveillait et réglementait les pratiques des employeurs du secteur public à l'égard de l'indemnisation de leurs employés. La Cour d'appel a conclu que la sorte de contrôle établie par cette Loi ne satisfaisait pas aux exigences du par. 32(1) parce qu'elle ne visait pas expressément la disposition contractuelle en cause dans ces appels. Elle a en outre conclu que les autres lois que j'ai mentionnées ne suffisaient pas davantage à établir la présence d'un contrôle gouvernemental parce qu'elles ne traitaient pas des fonctions essentielles de l'université. Mon collègue le juge La Forest est d'accord avec la Cour d'appel pour affirmer que le fait que l'université est responsable sur le plan fiscal n'établit pas l'existence d'un contrôle gouvernemental sur les questions visant l'enseignement.

Je conviens que le gouvernement ne voit pas directement à formuler et à mettre en œuvre la politique de retraite obligatoire contestée en l'espèce. Je reconnais également que le contrôle fiscal n'implique pas le contrôle sur les questions universitaires mettant directement en jeu le principe de la liberté académique. Cependant, pour les motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney*, je ne crois pas qu'il soit nécessaire que le gouvernement contrôle un organe subordonné à tous égards pour nous permettre d'établir qu'il «contrôle» cet organe dans un sens constitutionnellement pertinent. Des circonstances peuvent fort bien se présenter où il est dans l'intérêt du gouvernement d'exercer sur un organisme simplement un contrôle général et de le laisser libre de s'occuper de certaines questions de la façon qu'il estime la plus conforme à ses propres

the lack of government control over the mandatory retirement policy specifically in issue here and over matters specifically directed to the principle of academic freedom does not justify the conclusion that the *Charter* has no application to the universities.

In conclusion, I would hold that the fact that the University of British Columbia is so heavily funded and regulated by government, together with the fact that the University is discharging for the province a traditional government function pursuant to statutory authority leads me to conclude that the University forms part of "government" for the purposes of s. 32. The University's policy of mandatory retirement is therefore subject to *Charter* review.

II. The Constitutionality of Mandatory Retirement at the University of British Columbia

The University's power to retire its employees is found in s. 27 of the *University Act*. In particular, the authority to enter into contracts of service with faculty and staff is to be found in para. (f) which provides:

27. . . . the board has power

(f) to appoint the . . . professors, associate professors, assistant professors, lecturers, instructors and other members of the teaching staff of the university, and the officers and employees the board considers necessary for the purpose of the university, and to fix their salaries or remuneration, and to define their duties and their tenure of office or employment, which, unless otherwise provided, shall be during the pleasure of the board

As was the case in *McKinney* it is unnecessary for me to determine whether s. 15(1) would apply in the absence of any legislative provision mandating or permitting the discriminatory action complained of. In the context of these appeals it is evident that the power to retire flows from s. 27(f).

For the reasons I expressed in *McKinney*, I find that the policy of mandatory retirement adopted by the University of British Columbia infringes s. 15 on the grounds that it discriminates against the

objectifs. En ce qui concerne les universités, j'estime que l'absence de contrôle gouvernemental sur la politique de retraite obligatoire en cause en l'espèce et sur les questions qui visent expressément le principe de la liberté académique ne justifie pas la conclusion que la *Charte* ne s'applique pas aux universités.

Pour terminer, je statuerais que le fait que l'Université de la Colombie-Britannique est si largement financée et réglementée par le gouvernement, joint au fait qu'elle accomplit en application de la loi et pour le compte de la province une fonction qui appartient traditionnellement au gouvernement, m'amènent à conclure que l'université fait partie du «gouvernement» aux fins de l'art. 32. La politique de l'université en matière de retraite obligatoire est donc susceptible d'être examinée à la lumière de la *Charte*.

II. Constitutionnalité de la retraite obligatoire à l'Université de la Colombie-Britannique

On trouve à l'art. 27 de la *University Act* le pouvoir qu'a l'université de mettre ses employés à la retraite. L'alinéa f) lui accorde notamment l'autorité de retenir par contrat les services des membres du corps enseignant et du personnel:

[TRADUCTION] 27. . . . le conseil peut

f) nommer les [. . .] professeurs, professeurs associés, professeurs adjoints, chargés de cours, moniteurs et les autres membres du corps enseignant de l'université, ainsi que les dirigeants et employés qu'il estime nécessaires pour la réalisation des objets de l'université, fixer leur traitement ou leur rémunération, et préciser leurs obligations et leur mandat ou leurs fonctions, qu'ils exercent, sauf mention contraire, à titre amovible

Comme c'était le cas dans l'arrêt *McKinney*, je n'ai pas à déterminer si le par. 15(1) s'appliquerait en l'absence d'une disposition législative prescrivant ou autorisant l'acte discriminatoire contesté. Dans le contexte de ces pourvois, il est évident que le pouvoir de mise à la retraite découle de l'al. 27f).

Pour les motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney*, je conclus que la politique de retraite obligatoire adoptée par l'Université de la Colombie-Britannique viole l'art. 15 parce qu'elle établit

appellants on the basis of age. I also find that the limit embodied in the policy, although "prescribed by law" within the meaning of s. 1, is not reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

III. The Constitutionality of s. 1 of the *Human Rights Act*

The relevant sections of the *Human Rights Act* are as follows:

1. In this Act

"age" means an age of 45 years or more and less than 65 years;

8. (1) No person or anyone acting on his behalf shall

- (a) refuse to employ or refuse to continue to employ a person, or
- (b) discriminate against a person with respect to employment or any term or condition of employment,

because of the race, colour, ancestry, place of origin, political belief, religion, marital status, physical or mental disability, sex or age of that person or because of his conviction for a criminal or summary conviction charge that is unrelated to the employment or to the intended employment of that person.

With two exceptions the Attorney General of British Columbia has advanced the same arguments in support of the constitutionality of s. 8 as did the Attorney General in support of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, in *McKinney*, and they must, in my view, be rejected for the same reasons. Here, however, the Attorney General also maintains that the section of the Act embodying the definition of age should be properly construed as an affirmative action measure within the meaning of s. 15(2) of the *Charter* and that therefore no violation of s. 15(1) has been established. As well, it is argued that the British Columbia *Human Rights Act* contains unique provisions which mandate a different approach to the constitutionality of the age definition in s. 1.

à l'égard des appelants une discrimination fondée sur l'âge. Je conclus également que la limite d'âge inscrite dans la politique, bien qu'elle soit conforme à «une règle de droit» au sens de l'article premier, n'est pas une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

III. Constitutionnalité de l'art. 1 de la *Human Rights Act*

Voici le libellé des articles pertinents de la *Human Rights Act*:

[TRADUCTION] 1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente Loi.

«âge» quarante-cinq ans ou plus et moins de soixante-cinq ans.

8. (1) Nul ne doit, de son propre chef ou en sa qualité de mandataire,

- a) refuser d'employer ou de continuer d'employer une personne;
- b) défavoriser une personne relativement à son emploi ou aux modalités de son emploi;

du fait de sa race, de sa couleur, de son ascendance, de son lieu d'origine, de sa religion, de son état matrimonial, de ses déficiences mentales ou physiques, de son sexe, de son âge ou en raison de sa déclaration de culpabilité à l'égard d'une infraction criminelle ou d'une infraction punissable par procédure sommaire qui n'ont aucun rapport avec l'emploi actuel ou envisagé de la personne en question.

À deux exceptions près, le procureur général de la Colombie-Britannique a fait valoir à l'appui de la constitutionnalité de l'art. 8 les mêmes arguments avancés par le procureur général à l'appui du *Code des droits de la personne, 1981* de l'Ontario, S.O. 1981, ch. 53, dans l'affaire *McKinney*, et à mon sens, ces arguments doivent être rejetés pour les mêmes motifs. En l'espèce, cependant, le procureur général maintient aussi que l'article de la Loi définissant l'âge devrait être interprété comme un programme de promotion sociale au sens du par. 15(2) de la *Charte*, et que par conséquent aucune violation du par. 15(1) n'a été établie. On soutient également que la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique contient des dispositions exceptionnelles qui exigent une approche différente de la constitutionnalité de la définition de l'âge à l'art. 1.

Dealing first with the issue of whether s. 1 can be characterized as an affirmative action measure, the Attorney General contends that older workers under the age of 65 are disadvantaged compared to their more senior counterparts. Those aged 65 and over are entitled to enjoy a number of benefits and privileges which accrue to those who have attained the "age of seniority" such as pension benefits, old age security payments, guaranteed income supplements et cetera. Those under the age of 65 are, of course, not entitled to these special benefits. The Attorney General of British Columbia asserts that in "order to redress the balance between persons over 65 and younger, the Legislative Assembly enacted the prohibition on discrimination on the basis of age and thus somewhat equalized the income opportunities of persons above and below the age of 65 years."

Is the age limit in s. 1 of the Act the kind of affirmative action measure envisioned by s. 15(2) of the *Charter*? In my view, it is not.

Section 15 provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

This Court has not yet had an opportunity to examine the scope and meaning of s. 15(2). It seems to me clear, however, that at the very least the purpose of this section is to enshrine the notion of the viability, indeed the necessity, of measures designed to redress the drastic effects of discrimination. By its terms s. 15(2) informs us that

Traitant tout d'abord de la question de savoir si l'on peut qualifier l'art. 1 de programme de promotion sociale, le procureur général soutient que les travailleurs âgés qui ont moins de 65 ans sont désavantagés par rapport à leurs pendants plus âgés. En effet, ceux qui ont au moins 65 ans peuvent jouir d'un certain nombre d'avantages et de privilèges offerts aux personnes qui ont atteint «l'âge d'or», comme les prestations de pension, les prestations de la sécurité de la vieillesse, le supplément de revenu garanti, et ainsi de suite. Naturellement, les personnes qui n'ont pas atteint 65 ans ne sont pas admissibles à ces avantages spéciaux. Le procureur général de la Colombie-Britannique affirme que [TRADUCTION] «pour rétablir l'équilibre entre les personnes âgées de plus de 65 ans et leurs cadets, l'assemblée législative a édicté l'interdiction de discrimination fondée sur l'âge, égalisant de la sorte dans une certaine mesure les possibilités de revenu des personnes âgées de moins de 65 ans et celles de leurs aînés.»

La limite d'âge dont il est question à l'art. 1 de la Loi est-elle le genre de programme de promotion sociale envisagé au par. 15(2) de la *Charte*? À mon sens, tel n'est pas le cas.

L'article 15 prévoit ce qui suit:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

Cette Cour n'a pas encore eu l'occasion d'étudier la portée et le sens du par. 15(2). Il me semble clair, cependant, que pour le moins cet article a pour objet d'inscrire dans la *Charte* la notion de la pertinence, et même de la nécessité, des mesures destinées à corriger les graves effets de la discrimination. Par ses termes mêmes, le par. 15(2) nous

measures aimed at ameliorating the conditions of those who are disadvantaged because of such personal characteristics as race, sex and age (those in other words who have been the victims of discrimination) are constitutionally permissible. In this way, subsection (2) strengthens the notion adopted by this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, that what lies at the heart of the equality guarantee is protection from discrimination. It follows, in my respectful view, that for any measure to be characterized as an "affirmative action" measure within the meaning of s. 15(2), it must first be established that the measure is directed towards assuaging the effects of discrimination against a disadvantaged group.

What is the meaning of the term "discrimination"? In *Andrews, supra*, McIntyre J. said at pp. 180-81:

The analysis of discrimination ... must take place within the context of the enumerated grounds and those analogous to them. The words "without discrimination" require more than a mere finding of distinction between the treatment of groups or individuals. Those words are a form of qualifier built into s. 15 itself and limit those distinctions which are forbidden by the section to those which involve prejudice or disadvantage. [Emphasis added.]

In this case, can it be that older workers who have not yet reached the benchmark age for social benefits purposes are a disadvantaged group? And in particular, do older workers under the age of 65 suffer the burden of prejudice and stereotype by reason of the fact that they are not eligible to enjoy these benefits by virtue of their age? I think not. It is not in the least discriminatory, as that term has been defined by this Court in *Andrews, supra*, to deny these special benefits to those under the age of 65. This failure to extend benefits does not serve to perpetuate or create stereotyping of or prejudice against those under the age of 65. As I said in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, at p. 1333, "A search for indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice would be fruitless in this case". Thus, since older workers under the age of 65 have not suffered the burden of discrimination, s. 8(1) cannot be construed as

assure de la constitutionnalité des mesures destinées à améliorer la situation de ceux qui sont défavorisés en raison de caractéristiques personnelles telles leur race, leur sexe ou leur âge (en d'autres termes, ceux qui ont été victimes de la discrimination). De cette façon le par. (2) renforce la notion adoptée par cette Cour dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, selon laquelle la garantie d'égalité vise essentiellement à protéger contre la discrimination. Il s'ensuit, à mon humble avis, que pour qu'une mesure soit qualifiée de programme de «promotion sociale» au sens du par. 15(2), on doit tout d'abord établir que cette mesure est destinée à amoindrir les effets de la discrimination contre un groupe défavorisé.

Quel est le sens du mot «discrimination»? Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a dit aux pp. 180 et 181:

... l'analyse de la discrimination doit se faire en fonction des motifs énumérés et de ceux qui leur sont analogues. L'expression «indépendamment de toute discrimination» exige davantage qu'une simple constatation de distinction dans le traitement de groupes ou d'individus. Cette expression est une forme de réserve incorporée dans l'art. 15 lui-même qui limite les distinctions prohibées par la disposition à celles qui entraînent un préjudice ou un désavantage. [Je souligne.]

En l'espèce, se peut-il que les travailleurs âgés qui n'ont pas encore atteint l'âge d'admissibilité aux avantages sociaux se trouvent être un groupe désavantagé? Et plus particulièrement, les travailleurs âgés qui n'ont pas encore 65 ans sont-ils victimes d'un préjudice et d'un stéréotype parce qu'ils ne sont pas admissibles à ces avantages en raison de leur âge? Je ne le crois pas. Il n'est aucunement discriminatoire, selon la définition que cette Cour a donnée à ce mot dans l'arrêt *Andrews*, précité, de refuser ces avantages spéciaux à ceux qui ont moins de 65 ans. Ce refus ne sert pas à créer ou à perpétuer un stéréotype ni un préjudice contre les personnes de moins de 65 ans. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, à la p. 1333, «Il serait inutile de chercher des signes de discrimination tel que des stéréotypes, des désavantages historiques ou de la vulnérabilité à des préjugés politiques ou sociaux en l'espèce». Ainsi donc, puisque les travailleurs

an affirmative action measure designed to ameliorate the effects of that denial of equality. I would therefore dismiss the Attorney General's argument on this basis.

The unique structure of the British Columbia *Human Rights Act* has also been the subject of argument by the respondents in these appeals. In particular, the University argues that s. 8(3)(b) of the Act has the effect of immunizing mandatory retirement from the reach of the prohibition against discrimination irrespective of the definition of age contained in s. 8(1). Subsection 8(3)(b) provides:

8. . . .

(3) Subsection (1) does not apply

(b) as it relates to marital status, physical or mental disability, sex or age, to the operation of any bona fide retirement, superannuation or pension plan or to a bona fide group or employee insurance plan.

In my opinion, s. 8(3)(b) does not assist the respondents. I note that the subsection refers not only to retirement but to pension and superannuation plans. I also note that the s. 8(3)(b) exemption extends not only to distinctions based on age but also to distinctions based on sex, marital status, and physical or mental disability. To my mind, these two aspects of the section provide important clues as to its intended effect. It seems to me that what the subsection meant to achieve was the exemption from the prohibition embodied in subs. (1) of those plans which draw upon age and other distinctions to meet their actuarial requirements. It refers, in other words, to the design and administration of these plans in so far as they are based on what would otherwise be impermissible distinctions. It is a matter of trite knowledge that actuarial scientists typically rely on statistics as to such things as expected lifespan of males as compared to females in formulating employment benefit plans. These are the types of considerations, I believe, that s. 8(3)(b) meant to exempt from the operation of s. 8(1). The section

âgés qui n'ont pas encore atteint l'âge de 65 ans n'ont pas été victimes de discrimination, le par. 8(1) ne peut s'interpréter comme étant un programme de promotion sociale destiné à obvier aux effets de ce déni d'égalité. Je rejetterais par conséquent l'argument du procureur général fondé sur ce moyen.

Les intimés ont aussi fait état de la structure particulière de la *Human Rights Act* de la Colombie-Britannique. L'université avance notamment que l'al. 8(3)b) de la Loi a pour effet de soustraire la retraite obligatoire à l'interdiction de la discrimination, indépendamment de la définition du mot âge au par. 8(1). L'alinéa 8(3)b) dispose comme suit:

[TRADUCTION] 8. . . .

(3) Le paragraphe (1) ne s'applique pas

b) en ce qui concerne l'état matrimonial, les déficiences physiques ou mentales, le sexe ou l'âge, à l'application d'un régime légitime de retraite ou de pension ou à un régime légitime d'assurance de groupe ou d'employés.

À mon avis, l'al. 8(3)b) n'est d'aucune utilité aux intimés. Je note que l'alinéa mentionne non seulement la retraite mais aussi les régimes de retraite et de pension. Je note également que l'exception à l'al. 8(3)b) s'étend non seulement aux distinctions fondées sur l'âge mais aussi à celles qui se fondent sur le sexe, l'état matrimonial et les déficiences mentales ou physiques. À mon sens, ces deux aspects de l'article donnent des indices importants sur l'effet qu'on a voulu lui donner. Il me semble que ce que cet alinéa entendait accomplir, c'était de soustraire à l'interdiction du par. (1) les régimes qui se fondent sur l'âge et d'autres particularités pour satisfaire à leurs exigences actuarielles. Il vise, en d'autres termes, la conception et l'administration de ces régimes dans la mesure où ils se fondent sur ce qui serait par ailleurs des distinctions interdites. Il est bien connu que les actuaires s'en rapportent typiquement aux statistiques relatives à l'espérance de vie des hommes comparativement à celle des femmes lorsqu'il s'agit de formuler les régimes d'avantages sociaux des employés. Voilà le genre de considéra-

does not refer, however, to the use of these plans to justify compelled retirement. It may be that s. 8(3)(b) infringes s. 15 of the *Charter* for other reasons. However, the subsection simply does not bear upon the matter at issue in these appeals, i.e. whether a person may be mandatorily retired against his or her will.

In conclusion, I find that s. 1 of the Act infringes s. 15 and cannot be saved under s. 1. I agree with my colleague L'Heureux-Dubé J. that the definition of age in the Act must be struck down; however, since we are dealing in these appeals only with the age cap expressed in s. 1, I would only strike the words, "and less than 65 years".

IV. Disposition

I would dismiss the University's appeal with costs. I would allow the respondents' cross-appeal on the basis that the *Charter* applies to the University of British Columbia, that its mandatory retirement policy violates s. 15 of the *Charter* and that it is not saved by s. 1. I would award the respondents their costs of the cross-appeal both here and in the courts below.

Addressing the relief sought by Connell and Harrison in their statements of claim, I would issue a declaration that the University has acted in a manner contrary to the *Charter* and direct the University to reinstate them in their former positions. I would award the respondents damages in an amount to be determined by the trial judge, together with interest thereon pursuant to the *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1979, c. 76.

I would answer the constitutional questions posed by the Chief Justice as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the appellant University of British Columbia and to its policy of mandatory retirement at age 65?

Yes.

tions, je crois, que l'al. 8(3)b entendait exempter de l'application du par. 8(1). L'article ne vise cependant pas l'application de ces régimes pour justifier la retraite obligatoire. Il se peut que l'al. 8(3)b viole l'art. 15 de la *Charte* pour d'autres motifs. Toutefois, l'alinéa en cause n'a tout simplement pas trait à la question litigieuse en cause, à savoir si une personne peut être mise à la retraite contre son gré.

Pour conclure, je statue que l'art. 1 de la Loi viole l'art. 15 et ne peut se justifier en vertu de l'article premier. Je suis d'accord avec ma collègue le juge L'Heureux-Dubé pour dire que la définition de l'âge dans la Loi doit être radiée; cependant, comme nous ne traitons dans ces pourvois que de la limite d'âge mentionnée à l'art. 1, je ne radierais que les mots «et moins de soixante-cinq ans».

IV. Dispositif

Je rejetterais le pourvoi de l'université avec dépens. J'accueillerais l'appel incident des intimés au motif que la *Charte* s'applique à l'Université de la Colombie-Britannique, que la politique de retraite obligatoire de cette dernière viole l'art. 15 de la *Charte* et qu'elle ne peut se justifier en vertu de l'article premier. J'accorderais aux intimés les frais de l'appel incident aussi bien devant nous que devant les tribunaux d'instance inférieure.

Pour ce qui est de la réparation recherchée par Connell et Harrison dans leurs déclarations, je rendrais un jugement déclaratoire portant que l'université a agi de façon incompatible avec la *Charte*, et j'ordonnerais à l'université de rétablir ces personnes dans leurs anciennes fonctions. J'accorderais aux intimés des dommages-intérêts au montant que fixera le juge du procès, ainsi que des intérêts sur cette somme conformément à la *Court Order Interest Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 76.

Je répondrais comme suit aux questions constitutionnelles posées par le Juge en chef:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'Université de la Colombie-Britannique appelante et à sa politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans?

Oui.

2. If so, does the appellant University of British Columbia's policy of mandatory retirement at age 65 contravene s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

3. If so, is the appellant University of British Columbia's policy of mandatory retirement at age 65 demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

4. Does the provision which limits age protection in s. 8(1) of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, to those of 45 years or more and less than 65 years violate s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

5. If so, is this provision (a) not precluded by virtue of s. 15(2) of the *Charter*; or (b) demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

(a) No.

(b) No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting on the appeal only)—I have had the benefit of the opinions of my colleagues Justices La Forest and Wilson. With respect, I must dissent in part from each of them. For the reasons I expressed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and contrary to my colleague Wilson J., I am of the view that the appellant is not "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In this respect I agree with La Forest J. for the reasons he expresses.

I am in agreement with both the Court of Appeal and my two colleagues that the impugned age limitation provisions of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, do violate s. 15(1). However, for substantially the same reasons that I have expressed in *McKinney*, and those of Wilson J. in the present case, I am of the view that the aforementioned *Charter* breach cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. I would adopt in this regard the conclusion reached by my colleague Wilson J.

2. Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans de l'Université de la Colombie-Britannique appelante enfreint-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

3. Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans de l'Université de la Colombie-Britannique appelante est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Non.

4. La disposition, qui limite aux personnes âgées de 45 à 64 ans la protection quant à l'âge accordée par le par. 8(1) de la *Human Right Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

5. Dans l'affirmative, cette disposition n'est-elle pas a) permise par le par. 15(2) de la *Charte* ou b) justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

a) Non.

b) Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente dans le pourvoi seulement) — J'ai eu le bénéfice des opinions de mes collègues les juges La Forest et Wilson. Avec déférence, je dois inscrire ma dissidence partielle à l'égard de chacune de ces opinions. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et contrairement à ma collègue le juge Wilson, je suis d'avis que l'appelante n'est pas le «gouvernement» aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Sur ce point, je suis d'accord avec le juge La Forest pour les motifs qu'il expose.

Je partage l'opinion de la Cour d'appel ainsi que celle de mes deux collègues que les dispositions ici contestées de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, quant à la limite d'âge violent le par. 15(1). Cependant, essentiellement pour les mêmes motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney*, ainsi que ceux du juge Wilson dans la présente instance, je suis d'avis que cette violation de la *Charte* ne peut pas être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. J'adopterais à cet égard la conclusion à laquelle en est arrivée ma collègue le juge Wilson.

Consequently, I would dismiss the University's appeal with costs.

Cross-Appeal

The respondents have entered a cross-appeal, asking this Court to reverse the findings of the courts below that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* does not apply to the university activity at issue in this case. In conjunction with this request, they have asked for the following remedial measures:

2. An order that the Respondent[s] be reinstated to [their] employment with the Appellant.
3. A declaration that the Respondent is entitled to damages, being lost wages and benefits since [December 1, 1985 (Connell), and January 1, 1986 (Harrison)], less mitigation, which mitigation does not include pension benefits received or which the Respondent was entitled to receive, and interest thereon.
4. An order referring determination of quantum of damages and interest to the learned trial judge.

The trial judge (1986), 30 D.L.R. (4th) 206, and the British Columbia Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145, did not see fit to deal with these petitions once they held that the university's activity did not attract *Charter* review. These requests are predicated on a prerequisite finding that all university activity, and alternatively the university's mandatory retirement policy, are subject to the application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, for the reasons stated in *McKinney*, I believe that the courts below were correct in concluding that some university functions may attract *Charter* application, but that the University of British Columbia is not government for the purposes of *Charter* analysis in this case. La Forest J. has demonstrated this in his opinion. Taylor J. at trial concluded, at p. 216, that:

... the University of British Columbia is neither engaged in the exercise of governmental authority nor does it provide a government service, nor in determining its employment policies does it perform a function of

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi de l'université avec dépens.

Le pourvoi incident

^a Les intimés ont formé un pourvoi incident dans lequel ils demandent à notre Cour d'infirmer les conclusions des tribunaux d'instance inférieure portant que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas aux activités universitaires en cause en l'espèce. Ils demandent en outre que les mesures de réparation suivantes soient accordées:

- ^b 2. Une ordonnance portant que les intimés soient réintégrés dans leur poste auprès de l'appelante.
- ^c 3. Une déclaration portant que l'intimé a droit à des dommages-intérêts, représentant les pertes de salaire et des avantages sociaux depuis [le 1^{er} décembre 1985 (Connell), et le 1^{er} janvier 1986 (Harrison)], moins la somme représentant la limitation du préjudice, ce qui ne comprend pas les prestations de retraite reçues ou auxquelles l'intimé avait droit, et les intérêts.
- ^d 4. Une ordonnance renvoyant la question de la détermination du montant des dommages-intérêts et des intérêts au savant juge de première instance.

^e Le juge de première instance (1986), 30 D.L.R. (4th) 206, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145 n'ont pas jugé à propos d'examiner ces demandes une fois décidé que les activités de l'université ne relevaient pas d'un examen fondé sur la *Charte*. Ces demandes présupposent que toutes les activités de l'université et, subsidiairement, que la politique de retraite obligatoire de l'université, sont assujetties à l'application de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour les motifs exposés dans l'arrêt *McKinney*, toutefois, j'estime que les tribunaux d'instance inférieure ont eu raison de conclure que si certaines fonctions de l'université peuvent justifier l'application de la *Charte*, l'Université de la Colombie-Britannique n'est pas assimilable au gouvernement aux fins de la présente analyse fondée sur la *Charte*. Le juge La Forest l'a démontré dans son opinion. En première instance, le juge Taylor a conclu, à la p. 216, que:

^f [TRADUCTION] ... l'Université de la Colombie-Britannique n'est pas engagée dans l'exercice d'un pouvoir gouvernemental et ne fournit pas de services gouvernementaux, pas plus qu'elle n'exécute d'obligations du

government. The university's employment agreements . . . are essentially private contracts.

I agree and I would accordingly dismiss the cross-appeal, with costs.

Remedy

Given these conclusions, s. 24(1) of the *Charter* cannot be implemented to grant the respondents a remedy in this case. The respondents may, if they so wish, seek redress in a proper forum given that the British Columbia *Human Rights Act, supra*, has been found to violate the *Charter*, and must thus be stripped of its offending age restrictions.

Conclusion

As a result, I would dismiss both the appeal and cross-appeal with costs, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the appellant University of British Columbia and to its policy of mandatory retirement at age 65?

No.

2. If so, does the appellant University of British Columbia's policy of mandatory retirement at age 65 contravene s. 15(1) of the *Charter*?

Need not be answered.

3. If so, is the appellant University of British Columbia's policy of mandatory retirement at age 65 demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

Need not be answered.

4. Does the provision which limits age protection in s. 8(1) of the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, to those of 45 years or more and less than 65 years violate s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

gouvernement en fixant ses politiques d'emploi. Les contrats en matière d'emploi de l'université [. . .] sont essentiellement des contrats privés.

^a Je partage cette opinion et je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi incident, avec dépens.

La réparation

^b Compte tenu de ces conclusions, le par. 24(1) de la *Charte* ne peut s'appliquer pour accorder réparation aux intimés en l'espèce. Ceux-ci peuvent, s'ils le désirent, s'adresser au forum approprié pour obtenir réparation vu la conclusion à l'effet que la *Human Rights Act*, précitée de la Colombie-Britannique viole la *Charte* et que ses dispositions restrictives relatives à l'âge, ici en débat, doivent être supprimées.

Conclusion

^d Par conséquent, je suis d'avis de rejeter, avec dépens, tant le pourvoi principal que le pourvoi incident, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

- ^e 1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à l'Université de la Colombie-Britannique appelante et à sa politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans?

^f Non.

- ^g 2. Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans de l'Université de la Colombie-Britannique appelante enfreint-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

- ^h 3. Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire à l'âge de 65 ans de l'Université de la Colombie-Britannique appelante est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

ⁱ Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

- ^j 4. La disposition, qui limite aux personnes âgées de 45 à 64 ans la protection quant à l'âge accordée par le par. 8(1) de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

5. If so, is this provision (a) not precluded by virtue of s. 15(2) of the *Charter*; or (b) demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*?

(a) No.

(b) No.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—For the reasons which I gave in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I agree with the conclusions and reasons of Justice La Forest in respect of all issues except whether the mandatory retirement policy of the university is law within the meaning of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which I would prefer not to decide on the basis of an assumption that the university is part of government.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in agreement with the reasons of my colleague Justice Wilson with regard to the tests she suggests for determining whether entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government are nonetheless a part of the government to which the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies.

As well, I am in agreement with her findings that the University of British Columbia forms part of “government” for purposes of s. 32 of the *Charter* and, as a result, that its policy of mandatory retirement is subject to scrutiny under s. 15 and that those policies discriminate on the basis of age and thus contravene s. 15.

However, I am in agreement with the conclusion reached by my colleague Justice La Forest that the mandatory retirement policy of the University comes within the scope of s. 1 and thus survives *Charter* scrutiny.

Further, I am in agreement with La Forest J. that, although s. 8(1) of the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22, contravenes s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on

5. Dans l’affirmative, cette disposition n’est-elle pas a) permise par le par. 15(2) de la *Charte* ou b) justifiable en vertu de l’article premier de la *Charte*?

a) Non.

b) Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Pour les motifs que j’ai exposés dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, que celui-ci, je partage les conclusions et les motifs du juge La Forest relativement à toutes les questions en litige à l’exception de celle de savoir si la politique de retraite obligatoire de l’université est une «loi» au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que je préfère ne pas trancher sur le fondement hypothétique que l’université fait partie du gouvernement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Je partage les motifs de ma collègue le juge Wilson quant aux critères qu’elle propose pour déterminer si les entités qui ne font pas de toute évidence partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement font néanmoins partie du gouvernement visé par la *Charte canadienne des droits et libertés*.

De même, je partage ses conclusions que l’Université de la Colombie-Britannique fait partie du «gouvernement» aux fins de l’art. 32 de la *Charte* et, par conséquent, que sa politique de retraite obligatoire est assujettie à un examen fondé sur l’art. 15 et que ces politiques établissent une discrimination fondée sur l’âge et contreviennent donc à l’art. 15.

Je partage toutefois la conclusion de mon collègue le juge La Forest que la politique de retraite obligatoire de l’université relève de la portée de l’article premier et survit à un examen fondé sur la *Charte*.

En outre, je partage l’avis du juge La Forest que, même si le par. 8(1) de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, de la Colombie-Britannique contrevient au par. 15(1) de la *Charte* parce qu’il

the basis of age, it is a reasonable limit prescribed by law within the purview of s. 1 of the *Charter*.

Appeal allowed with costs (WILSON and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting) and cross-appeal dismissed with costs (WILSON J. dissenting).

Solicitors for the appellant and cross-respondent: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the respondent and cross-appellant John R. Connell: Jordan & Gall, Vancouver.

Solicitors for the respondent and cross-appellant Robert Cameron Harrison: Schroeder & Company, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

établit une discrimination fondée sur l'âge, il s'agit d'une règle de droit dont les limites sont raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*.

^a *Pourvoi accueilli avec dépens (les juges WILSON et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidentes) et pourvoi incident est rejeté avec dépens (le juge WILSON est dissidente).*

^b *Procureurs de l'appelante et l'intimée dans le pourvoi incident: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

^c *Procureurs de l'intimé et l'appelant dans le pourvoi incident John R. Connell: Jordan & Gall, Vancouver.*

Procureurs de l'intimé et l'appelant dans le pourvoi incident Robert Cameron Harrison: Schroeder & Company, Vancouver.

^d *Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

^e *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

^f *Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Le procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.*

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

The Vancouver General Hospital and The Board of Trustees of the Vancouver General Hospital *Appellants*

v.

Isaac Wilfred Stoffman, William Philip Goldman, Victor Hertzman, Leslie George Cohen, Charles Sutherland Rennie, Clayton Robinson, Thomas William Acheson, Sidney Evans, Jermaine Vincent White, Murray Edgar, Jacoba Van Norden, Charles Schom, Elmer Jones and John Jacob Zack

Respondents

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario and the Attorney General of British Columbia

Intervenors

INDEXED AS: STOFFMAN *v.* VANCOUVER GENERAL HOSPITAL

File No.: 20795.

1989: May 19; 1990: December 6.

Present: Chief Justice Dickson* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether or not hospital "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether or not mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory loss of hospital privileges at age 65 unless competence proven — Whether or not mandatory retirement policy "law" — If so, whether or not s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Respondents held admitting privileges at the Vancouver General Hospital. Medical Staff Regulation 5.04 at the Hospital required all physicians to retire at age 65 unless it could be shown that they had something unique

* Chief Justice at the time of hearing.

Le Vancouver General Hospital et Le Conseil d'administration du Vancouver General Hospital *Appellants*

c.

^a **Isaac Wilfred Stoffman, William Philip Goldman, Victor Hertzman, Leslie George Cohen, Charles Sutherland Rennie, Clayton Robinson, Thomas William Acheson, Sidney Evans, Jermaine Vincent White, Murray Edgar, Jacoba Van Norden, Charles Schom, Elmer Jones et John Jacob Zack** *Intimés*

c et

^c **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario et le procureur général de la Colombie-Britannique** *Intervenants*

^d RÉPERTORIÉ: STOFFMAN *c.* VANCOUVER GENERAL HOSPITAL

N° du greffe: 20795.

1989: 19 mai; 1990: 6 décembre.

^e Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

^f

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — Un hôpital fait-il partie du gouvernement avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

^g

^h *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Perte automatique à 65 ans des privilèges accordés par un hôpital à moins de preuve de compétence — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l'affirmative, enfreint-elle l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.*

ⁱ

Les intimés avaient des privilèges d'admission au Vancouver General Hospital. Le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations de l'hôpital exige que tous les médecins prennent leur retraite à l'âge de 65 ans sauf

^j

* Juge en chef à la date de l'audition.

to offer the Hospital. The Regulation was approved by the hospital's Board in May of 1984 and was subsequently approved by the Minister of Health as required by statute. The Board decided not to renew the admitting privileges of most of the respondents in May 1985.

Respondents were not employees of the Vancouver General but rather were retained by their patients and paid through the provincial medicare plan. They accordingly did not come within the protection against age-based discrimination found in the *Human Rights Act* because that protection is limited to employment situations. In Vancouver, doctors have privileges at only one hospital.

The hospital is run by a Board. The government had power to appoint 14 of the 16 members of the Board. The Minister's power with respect to the by-laws of the Vancouver General extended beyond the negative power of veto set out in the *Vancouver General Hospital Act* to the positive power under the *Hospital Act* to require the Board of Trustees to adopt new by-laws or change existing by-laws.

The respondents commenced these proceedings to set aside the Board's decision and to obtain a declaration that Regulation 5.04, either by its terms or by the manner of its application, violated ss. 7 and 15 of the *Charter* and the *Human Rights Act*. The British Columbia Supreme Court issued an interim injunction restraining the Board from removing respondents' admitting privileges pending the outcome of their application under the *Charter* and the *Human Rights Act*. The Court of Appeal upheld the issuance of the interim injunction. The British Columbia Supreme Court then granted respondents' application and the Court of Appeal also upheld that decision.

The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the *Charter* applied to Vancouver General's establishing and administering Regulation 5.04; if so (2) whether the Regulation or (3) its administration contravened s. 15(1) of the *Charter*; and (4) given an affirmative answer to either questions 2 or 3, whether the Regulation or the manner of its administration was nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*.

The Attorneys General of Canada, Ontario and British Columbia intervened.

s'ils peuvent démontrer qu'ils ont quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital. Le conseil d'administration de l'hôpital a approuvé ce règlement en mai 1984 et le ministre de la Santé l'a approuvé plus tard conformément à la loi. Le conseil a décidé de ne pas renouveler les privilèges d'admission de la plupart des intimés en mai 1985.

Les intimés ne sont pas des employés du Vancouver General, mais ils sont retenus par leurs patients et sont payés par le régime d'assurance-maladie de la province. Ils ne jouissent donc pas de la protection contre la discrimination fondée sur l'âge conférée par la *Human Rights Act* puisque cette protection se limite aux situations liées à l'emploi. À Vancouver, les médecins ont des privilèges à un seul hôpital.

Un conseil d'administration dirige l'hôpital. Le gouvernement a le pouvoir de nommer 14 des 16 membres du conseil d'administration. Au-delà du pouvoir négatif de veto établi dans la *Vancouver General Hospital Act*, les pouvoirs du ministre relativement aux règlements du Vancouver General Hospital s'étendent au pouvoir réel en vertu de la *Hospital Act* d'exiger du conseil d'administration qu'il adopte de nouveaux règlements ou modifie les règlements existants.

Les intimés ont intenté cette action en vue d'annuler la décision du conseil d'administration et d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le règlement 5.04, soit par sa formulation, soit dans son application, viole les art. 7 et 15 de la *Charte* et la *Human Rights Act*. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné une injonction provisoire pour empêcher le conseil de restreindre ou de supprimer les privilèges d'admission des intimés jusqu'à l'issue de la requête des intimés fondée sur la *Charte* et la *Human Rights Act*. La Cour d'appel a confirmé l'octroi de l'injonction intérimaire. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu jugement en faveur des intimés sur leur requête et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Les questions constitutionnelles soulevées devant notre Cour sont les suivantes: (1) la *Charte* s'applique-t-elle à l'adoption et à la mise en œuvre du règlement 5.04 par le Vancouver General? Dans l'affirmative (2) le règlement ou (3) son application enfreignent-ils le par. 15(1) de la *Charte*? (4) si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement et la façon dont il a été appliqué sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont intervenus.

Held (Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the plaintiffs' action dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: The wording of s. 32 of the *Charter* clearly indicates that the *Charter* binds only government. The Vancouver General does not form part of government within the meaning of this section and accordingly its actions in adopting and administering Regulation 5.04 do not fall within the *Charter's* ambit. It is an autonomous body. The provision of a public service, even one as important as health care, does not *per se* qualify as a governmental function under s. 32.

Regulation 5.04 did not arise because of executive or legislative action and accordingly did not attract *Charter* review. The requirement for ministerial approval was only supervisory in nature to ensure that the hospital's actions do not run counter to the government's powers to prescribe standards in respect of hospital administration. The Regulation was initiated by the Board and in no way represented ministerial policy with respect to the renewal of admitting privileges. The statutes under which the hospital operated did not require that it adopt a special policy respecting the renewal of privileges of doctors at age 65.

The Vancouver General did not form part of the "administrative branch" of government merely because it was incorporated to provide services mandated under the Province's responsibility for health care. A difference between ultimate or extraordinary and routine or regular control must be drawn. While the fate of the hospital is ultimately in the provincial government's hands, the responsibility for routine matters such as the policy on the renewal of admitting privileges lies with the Board and is not subject to government control, barring extraordinary circumstances. The Minister's power to require the hospital to adopt by-laws or to revise them does not undermine the hospital's responsibility for rules adopted on its own initiative. The Lieutenant Governor's power of appointment was simply a mechanism to ensure the balanced representation of these groups and organizations on the hospital's principal decision-making body. It was not a means to exercise regular government control over the hospital's day-to-day operations.

Arrêt (Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et l'action des demandeurs est rejetée.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Gonthier: Le texte de l'art. 32 de la *Charte* indique fortement que seul le gouvernement est lié par la *Charte*. Le Vancouver General ne fait pas partie du gouvernement au sens de cet article et, en conséquence, l'adoption et l'application du règlement 5.04 ne relèvent pas de la portée de la *Charte*. C'est un organisme autonome. La prestation d'un service public, même s'il s'agit d'un service aussi important que les soins de santé, ne permet pas de la qualifier de fonction gouvernementale en vertu de l'art. 32.

Le règlement 5.04 ne découle pas d'une action du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif et en conséquence ne donne pas lieu à l'examen fondé sur la *Charte*. L'obligation d'obtenir l'approbation du ministre n'est qu'un simple pouvoir de contrôle pour veiller à ce que les actions de l'hôpital ne soient pas contraires aux pouvoirs conférés au gouvernement de prévoir des normes en matière d'administration hospitalière. Le règlement est l'œuvre du conseil d'administration et ne constitue nullement une politique ministérielle concernant le renouvellement des privilèges d'admission. Les lois qui régissent l'exploitation du Vancouver General ne l'obligeaient pas à adopter une politique particulière concernant le renouvellement des privilèges des médecins qui ont atteint l'âge de 65 ans.

Le Vancouver General ne fait pas partie de la «branche administrative» du gouvernement parce qu'il a été constitué en personne morale pour dispenser des services qui relèvent de la responsabilité de la province en matière de soins de santé. Il faut établir une différence entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. L'existence de l'hôpital relève en dernier ressort du gouvernement provincial, mais les aspects quotidiens du fonctionnement de l'hôpital, comme l'adoption d'une politique en matière de renouvellement des privilèges d'admission, relèvent du conseil d'administration et, sous réserve d'une situation extraordinaire, ne sont pas assujettis au contrôle du gouvernement. Le pouvoir que possède le ministre d'exiger l'adoption ou la révision par l'hôpital de règlements ne modifie pas la responsabilité de l'hôpital à l'égard des règlements qu'il adopte de sa propre initiative. Le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur est simplement un mécanisme visant à assurer une représentation équilibrée de certains groupes et organismes au sein du principal organe décisionnel de l'hôpital. Il ne s'agit pas d'un moyen permettant au gouvernement de contrôler régulièrement les activités quotidiennes de l'hôpital.

Had the *Charter* been applicable, Regulation 5.04 would qualify as a law and the alleged inequality would therefore be one made by "law". The deprivations which arose because of the Board's policy were based on personal characteristics attributed to persons 65 and over and accordingly were discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

It was thus necessary to consider whether the Regulation and its associated practice constituted a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Judicial evaluation of this issue will differ depending on whether the rights of a person have been infringed by the state as "singular antagonist" (as in the criminal law context) or by the state acting to reconcile the claims of competing individuals or groups or to allocate scarce government resources. The courts, in the former situation, will be able to determine with a considerable degree of certainty if the impugned law or other government conduct is the "least drastic means" for achieving the state interest. The same degree of certainty may not be achievable in the latter situation.

The fundamental objective of Regulation 5.04 was sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected guarantee: the promotion of excellence at the Vancouver General as a medical research and teaching centre and as the major acute care hospital in British Columbia.

Regulation 5.04 was rationally connected to the hospital's objective. Staff positions at any hospital are a scarce resource that does not expand at a rate proportionate with the growth in the medical profession. Regulation 5.04 ensured that staff positions would regularly become available for younger doctors recently trained in the latest medical procedures and that this turnover would occur before the decline of ability which usually accompanies advancing age.

Special considerations apply in cases concerned with measures that relate directly to the allocation of resources or that attempt to strike a balance between competing social groups. In such cases, neither the experience of judges nor the institutional limitations of judicial decision-making prepares a court to make a precise determination as to where the balance between legislative objective and the protection of individual or group rights and freedoms is to be drawn.

The Board had a "reasonable basis" for concluding that Regulation 5.04 and the policy by which it was applied impaired respondents' rights of equality "as little as possible" given its pressing and substantial

Si la *Charte* s'appliquait, le règlement 5.04 serait considéré comme une «loi» et l'inégalité reprochée découlerait d'une «loi». Les privations qui découlent de la politique du conseil d'administration dépendent de caractéristiques personnelles attribuées aux personnes de 65 ans et plus et sont, en conséquence, discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

Il fallait donc examiner si le règlement et la pratique qui y est associée constituent une limite raisonnable, en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'appréciation judiciaire de cette question différera selon que l'État est «l'adversaire singulier» de la personne dont les droits ont été violés (comme dans le contexte du droit criminel) ou qu'il cherche plutôt à concilier des revendications contraires de groupes ou d'individus ou à répartir des ressources gouvernementales limitées. Dans le premier cas, les tribunaux pourront déterminer avec un certain degré de certitude si la loi contestée ou toute autre conduite gouvernementale fait appel aux moyens les «moins radicaux» pour atteindre l'objectif de l'État. Il ne sera peut-être pas possible d'atteindre le même degré de certitude dans le second cas.

L'objectif fondamental du règlement 5.04 est suffisamment important pour justifier la suppression d'une garantie constitutionnelle: la recherche de l'excellence par le Vancouver General à titre de centre de recherche médicale et d'enseignement de la médecine et à titre de principal hôpital de soins de courte durée en Colombie-Britannique.

Le règlement 5.04 a un lien rationnel avec l'objectif de l'hôpital. Les postes dans un hôpital sont une ressource limitée qui ne peut augmenter proportionnellement à l'accroissement du personnel médical. Le règlement 5.04 fait en sorte qu'il sera possible d'offrir ces postes aux jeunes médecins récemment formés aux techniques médicales les plus récentes et que ce renouvellement se produira avant le déclin des capacités qui va ordinairement de pair avec l'avance en âge.

Des considérations particulières s'appliquent aux mesures qui portent directement sur la répartition des ressources ou qui tentent d'établir l'équilibre entre des groupes sociaux concurrents. Dans de tels cas, ni l'expérience judiciaire, ni les restrictions institutionnelles du processus décisionnel judiciaire ne préparent un tribunal à déterminer précisément le point d'équilibre entre l'objectif du législateur et la protection des droits et libertés d'un individu ou d'un groupe.

Le conseil était «raisonnablement fondé» à conclure que le règlement 5.04 et la politique en vertu de laquelle il est appliqué portaient le «moins possible» atteinte aux droits à l'égalité des intimés vu son objectif urgent et

objective. Regulation 5.04 attempts to strike a balance between young doctors seeking to commence a practice and doctors who have been engaged in practice for some time with respect to their mutual demand for privileges. The Board was amply justified, given the climate of budgetary restraint, in concluding that its ability to bring new doctors on staff depended on the timely retirement of some of those already there. Moreover, it acted reasonably in concluding that retirement policy would ensure the departure from staff of those who would generally be less able to contribute to the hospital's sophisticated practice. The Board recognized, however, that the assumption of declining ability with age would not hold true in all circumstances and provided for an exception where the physician had something unique to offer the hospital. This exemption necessarily operated with regard to the hospital's requirements, rather than with regard to each individual doctor's health and capabilities, because of the overriding objective of making staff positions available to doctors recently trained in the latest theories and methods.

The only alternative to Regulation 5.04 was a program of skills testing or performance evaluation. Such a program would be costly both to implement and operate and, more importantly, would have an invidious and disruptive effect on the medical staff's working environment.

Per Sopinka J.: The reasons of *La Forest J.* were agreed with except on the issue of whether Regulation 5.04 was law within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. That issue should not be decided on the basis of an assumption that the hospital is part of government.

Per Wilson J. (dissenting): Section 32 of the *Charter* extends the reach of the *Charter* to all those entities and activities that could be construed as "governmental". The criteria relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* include: (1) whether the legislative, executive or administrative branch of government exercises general control over the entity in question; (2) whether the entity performs a traditional government function or one recognized in more modern times as being a state responsibility; and (3) whether the entity acts pursuant to statutory authority specifically granted to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest.

The fact that the Hospital is established and operates pursuant to statutory authority, is heavily regulated by government and discharges a traditional government function in the public interest brings it within the con-

réel. Le règlement 5.04 tente d'établir un équilibre entre les jeunes médecins qui veulent commencer à pratiquer et les médecins qui pratiquent depuis déjà un certain temps pour ce qui est de leurs demandes et de leurs privilèges respectifs. Le conseil était amplement justifié, compte tenu du climat actuel de restrictions budgétaires, de conclure que sa capacité d'attirer de nouveaux médecins dépendait de la retraite au moment opportun de certains médecins qui s'y trouvaient déjà. En outre, le conseil a agi de façon raisonnable en concluant qu'une politique de mise à la retraite garantirait le départ de ceux qui seraient en général moins capables de contribuer à la pratique spécialisée de l'hôpital. Le conseil a reconnu cependant que le principe de la détérioration des capacités en fonction de l'âge n'est pas toujours exact et il a établi une exception pour les médecins qui avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital. Cette exception a forcément été appliquée en fonction des exigences de l'hôpital plutôt qu'en fonction de la santé et des capacités de chaque médecin individuellement en raison de l'objectif prédominant d'offrir des postes aux médecins récemment formés aux théories et aux méthodes les plus nouvelles.

La seule solution de rechange au règlement 5.04 était un programme d'évaluation des aptitudes et du rendement. Un tel programme serait coûteux à instaurer et à appliquer et, ce qui est plus important, il aurait un effet néfaste et créerait un sentiment d'injustice dans le milieu de travail du personnel médical.

Le juge Sopinka: Le juge Sopinka souscrit aux motifs du juge *La Forest*, sauf quant à savoir si le règlement 5.04 est une loi au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Cette question ne devrait pas être tranchée sur le fondement de l'hypothèse que l'hôpital fait partie du gouvernement.

Le juge Wilson (dissidente): L'article 32 de la *Charte* étend l'application de la *Charte* à toutes les entités et activités qu'on peut considérer comme «gouvernementales». Les critères qui servent à déterminer si une entité est assujettie à la *Charte* sont les suivants: (1) La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question? (2) L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est considérée comme une responsabilité de l'État? (3) L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement vise à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

Comme l'hôpital existe et fonctionne en vertu des lois, comme il est strictement réglementé par le gouvernement et remplit une fonction traditionnellement propre au gouvernement dans l'intérêt public, il s'inscrit dans la

cept of "government" for purposes of s. 32. The power to retire flowed from the *Vancouver General Hospital Act* and Regulation 5.04 which was passed pursuant to it. Regulation 5.04 was therefore subject to review under s. 15 of the *Charter*. It was not necessary to determine whether s. 15(1) would apply absent a legislative provision mandating the discriminatory action.

The Court should be wary of underestimating the discriminatory effect of any given measure when considering whether a provision violates s. 15(1). Here, the Regulation provided for non-discriminatory exceptions on its face and yet the principle behind the measure remained constitutionally unsound. By its terms Regulation 5.04 stipulated that staff were expected to retire at age 65. In this way the unarticulated premise remained that with increasing age comes increasing incompetence and decreasing ability. It was clearly discriminatory to impose the burden of disproving this stereotype upon those who already suffer the burden of stereotype and prejudice. That the Regulation provided for exceptions did not detract from the fact that the central concept animating the provision fell foul of s. 15(1). Exemption schemes are properly a matter for consideration under s. 1 of the *Charter*.

The objective of maintaining the Vancouver General as an acute care and teaching hospital with the highest standard of modern medical care, education and research was sufficiently important to override a *Charter* right and so meets the first branch of the *Oakes* test. The objective of promoting opportunities for other (younger) physicians to practise medicine, however, did not meet the first branch of the test. The Hospital's claim that its system was "closed" was not proven: constitutional rights will be curtailed only in response to real and not illusory problems.

Whether the foundations of prejudice are based upon observable, reliable facts must be approached in the most cautious manner. It is a matter of common knowledge that with the aging process comes some measure of change in ability, although the nature and extent of that change vary from individual to individual. A rational connection exists between the desire to provide top quality medical care and the decision to have such care provided substantially by younger members of the medical profession.

This was not an appropriate case for relaxing the minimal impairment test articulated in *Oakes* for the

notion de «gouvernement» pour les fins de l'art. 32. La capacité de mettre à la retraite découle de la *Vancouver General Hospital Act* et du règlement 5.04 adopté en vertu de cette dernière loi. Le règlement est donc susceptible de révision en vertu de l'art. 15 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire de décider si le par. 15(1) s'appliquerait en l'absence d'une disposition législative qui ordonne l'acte discriminatoire.

Pour déterminer si une disposition enfreint le par. 15(1), la Cour doit se garder de sous-estimer l'effet discriminatoire d'une mesure donnée. En l'espèce, le règlement prévoit des exceptions non discriminatoires par son texte même, mais la prémisse sous-entendue demeure viciée du point de vue constitutionnel. Selon son libellé, le règlement 5.04 dit que les médecins sont censés prendre leur retraite à 65 ans. De cette façon, la prémisse sous-entendue reste que le vieillissement entraîne peu à peu l'incompétence et la diminution des capacités. Il est manifestement discriminatoire d'imposer à ceux qui sont victimes d'un préjugé l'obligation de prouver que ce préjugé ne s'applique pas à eux. Même si le règlement prévoit des exceptions, il n'en reste pas moins que la notion principale sous-jacente à la disposition enfreint le par. 15(1). Les régimes d'exception relèvent à juste titre de l'examen fondé sur l'article premier de la *Charte*.

L'objectif de conserver au Vancouver General son statut d'hôpital qui dispense des soins de courte durée et de l'enseignement conformes aux normes contemporaines les plus strictes de soins, d'enseignement et de recherche en médecine est suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte* et satisfaire au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*. Par contre, l'objectif d'offrir à d'autres médecins (plus jeunes) la possibilité d'exercer leur profession ne satisfait pas à ce premier volet du critère. La prétention de l'hôpital qu'il s'agit d'un système «fermé» n'a pas été prouvée: les droits constitutionnels ne peuvent être limités qu'en raison de problèmes réels, et non de problèmes illusoire.

Il faut agir avec beaucoup de prudence quand il s'agit de savoir si le fondement d'une idée préconçue s'appuie sur des faits observables et exacts. Il est généralement reconnu que le vieillissement amène un certain changement des capacités, quoique la nature et l'étendue de ces changements varient d'une personne à l'autre. Il existe un lien rationnel entre l'intention de fournir des soins médicaux de haute qualité et la décision de faire prodiguer ces soins en grande partie par des médecins plus jeunes.

Il n'y a pas lieu en l'espèce d'assouplir le critère de l'atteinte minimale énoncé dans l'arrêt *Oakes* pour les

reasons given in *McKinney*. The Hospital was not a closed system and permitting physicians to retain their privileges would have no effect on the availability of practice opportunities for doctors embarking upon their careers. There was accordingly no reason in fact or in law for applying a deferential standard of review.

Other ways of achieving the objective of high quality medical care which recognizes the abilities of individual doctors aged 65 and over exist. Annual performance reviews were not shown to be unsatisfactory in "weeding out" incompetent doctors. Indeed, the primary reason for changing the practice was that it was administratively more convenient to remove incompetent physicians through the mechanism of mandatory retirement. Administrative convenience is not an adequate reason for sacrificing *Charter* rights.

In discrimination claims of the kind involved here, the guarantee of equality in s. 15(1) must at least mean that, wherever possible, an attempt be made to break free of the apathy of stereotyping and that a sincere effort be made to treat all individuals, whatever their colour, race, sex or age, as individuals deserving of recognition on the basis of their unique talents and abilities. Respect for the dignity of every member of society demands no less. Section 15(1) does not guarantee the right to work but the right to work absent discrimination. Accordingly, Regulation 5.04 would have been reasonable and demonstrably justifiable if it had provided in word and in effect for a *bona fide* exemption scheme contemplating the continued employment of those able and willing to work.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Under the broad test developed by Wilson J. in *McKinney v. University of Guelph*, Vancouver General Hospital is acting as "government" for the purposes of s. 32 of the *Charter*. In Canada, both historically and even more so today in terms of function, hospitals are an "arm of government" and perform a government function. An appointed hospital board may enjoy a certain independence in formulating policies, as in Regulation 5.04, but the situation is similar to that of government departments setting up their own agenda and policies, subject only to general guidelines established by the legislature. This situation is totally different from that of universities where gov-

motifs exprimés dans l'arrêt *McKinney*. L'hôpital n'est pas un système fermé et permettre aux médecins intimés de garder leur privilège n'aurait aucun effet sur les possibilités d'exercice de la médecine qui s'offrent aux médecins qui commencent leur carrière. Il n'y a pas de motif de droit ou de fait d'appliquer un critère d'examen fondé sur la retenue.

Il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif visé de fournir des soins médicaux de haute qualité qui permettraient de reconnaître les capacités des médecins âgés de 65 ans et plus. On n'a pas démontré que l'examen annuel du rendement n'ait pas donné satisfaction lorsqu'il s'agissait d'éliminer les médecins incompetents. La raison principale du changement de méthode tient à la commodité administrative qu'il y a à écarter les médecins incompetents par le mécanisme de la retraite obligatoire. La commodité administrative n'est pas un motif valable de supprimer des droits garantis par la *Charte*.

Dans les affaires de discrimination du genre de celle de l'espèce, la garantie d'égalité en vertu du par. 15(1) doit au moins signifier que, chaque fois que cela est possible, on essaye de renoncer aux idées préconçues trop faciles et qu'un effort sincère sera fait pour traiter tous les individus, quels que soient leur couleur, leur race, leur sexe ou leur âge, comme des individus qui méritent d'être jugés selon leurs talents et leurs capacités propres. Le respect de la dignité de chaque personne dans la société n'en exige pas moins. Le paragraphe 15(1) ne garantit pas le droit de travailler, mais celui de travailler sans faire l'objet de discrimination. En conséquence, le règlement 5.04 aurait pu être raisonnable et susceptible de justification s'il avait comporté dans son texte et dans son application un régime légitime d'exception qui aurait permis à ceux qui étaient capables et désireux de travailler de continuer à travailler.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): En vertu du test large formulé par le juge Wilson dans l'arrêt *McKinney c. University of Guelph*, le Vancouver General Hospital agit comme un «gouvernement» au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Tant sur le plan historique que (encore plus aujourd'hui) sur le plan fonctionnel, les hôpitaux au Canada sont une «branche du gouvernement» et exercent une fonction gouvernementale. Le conseil d'administration d'un hôpital peut bénéficier d'une certaine indépendance dans la formulation de ses politiques, comme dans le cas du règlement 5.04, mais il n'y a pas de différence entre cette situation et celle des ministères du gouvernement qui établissent leur propre programme et formulent leurs politiques, sous réserve des seules directives générales établies par le législateur. Cette situation est tout à fait différente de celle des universités où la participation du gouvernement est

ernment involvement is primarily limited to funding. There may be some instances, however, where a hospital would not constitute "government" and so not attract *Charter* review.

For the reasons given by La Forest J., Regulation 5.04 is "law" for the purposes of s. 15 of the *Charter* and clearly infringes s. 15(1) because it discriminates by reason of age. The Regulation was not saved by s. 1.

Regulation 5.04 was not rationally connected to its objectives. Forcing the end of a career based on age alone does not pass muster under the *Charter* for age is not determinative of capacity or competence. "New people" do not need to be infused into the Hospital's system to keep it relevant. Competence is threatened by many things, but age is not necessarily one of them.

Special considerations can apply when the courts are forced to choose between two competing social groups in applying the "minimum impairment" aspect of the *Oakes* formula. The choice to be made here was between competent medical practitioners who happen to be over 65 and competent doctors under 65 usually entering the medical practice. These circumstances did not warrant special considerations. The same standards should be applied to all practitioners in assessing competence. Different and more onerous standards for measuring competence for those over 65 are a grave intrusion into the right to be treated equally. In addition, the Board, did not have all the requisite characteristics of a legislative body considering resource allocation to warrant the application of these special considerations.

The health of the practitioner may be a factor in the review of a practitioner's abilities. Physical deterioration neither occurs at the "threshold" age of 65 nor is necessarily a factor affecting a practitioner's competence. A practitioner's ongoing health problems are a factor in any review of any individual's performance. The requirement that those practitioners over age 65 show they can make a "unique" contribution to the hospital is too onerous and is applied solely because the individual has reached 65. This method of impairing rights is too severe. Convenience in administrative procedures cannot be used as a possible justification for the breach of rights. Retirement can be encouraged while upholding the dignity of the individual by means more carefully tailored to impairing rights as little as possible.

essentielle au financement. Il peut y avoir des circonstances où un hôpital ne serait pas considéré comme un «gouvernement» et qui ne donneraient ainsi pas lieu à une révision fondée sur la *Charte*.

a Pour les motifs énoncés par le juge La Forest, le règlement 5.04 est une «loi» aux fins de l'art. 15 de la *Charte* qui viole manifestement le par. 15(1) parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge. Le règlement 5.04 n'est pas sauvegardé en vertu de l'article premier.

b Le règlement 5.04 n'a pas de lien rationnel avec ses objectifs. Forcer une personne à mettre fin à sa carrière simplement en raison de son âge ne saurait résister à un examen fondé sur la *Charte* puisque l'âge ne détermine pas les capacités ou la compétence. L'apport de «nouveaux membres» n'est pas indispensable à l'hôpital pour qu'il demeure à jour. La compétence est menacée par plusieurs facteurs, mais l'âge n'en fait pas nécessairement partie.

d Des considérations particulières peuvent s'appliquer dans l'examen du critère de «l'atteinte minimale» selon l'arrêt *Oakes* quand les tribunaux sont tenus de faire un choix entre les revendications de deux groupes concurrents. Le choix s'effectue entre des médecins compétents, qui se trouvent à avoir plus de 65 ans, et des *e* médecins compétents de moins de 65 ans, qui débent habituellement leur pratique médicale. Ces circonstances ne justifient pas l'application de considérations particulières. Les mêmes normes devraient être appliquées à tous les médecins dans l'évaluation de leur *f* rendement. L'application de normes différentes et plus rigides dans l'examen de la compétence des médecins de plus de 65 ans porte gravement atteinte au droit à un traitement égal. De plus, le conseil n'a pas toutes les caractéristiques requises d'un organisme législatif, qui *g* doit tenir compte de la répartition des ressources pour justifier l'application de ces considérations particulières.

La santé du médecin peut être un facteur à considérer dans l'examen de ses aptitudes. La détérioration physique ne commence pas nécessairement à 65 ans et elle n'a *h* pas nécessairement de répercussions sur la compétence du médecin. Les problèmes de santé permanents seraient un facteur pertinent à tout examen de rendement de tout individu. L'obligation, pour les médecins âgés de plus de 65 ans, d'établir qu'ils peuvent faire une contribution *i* «unique» à l'hôpital est trop exigeante et existe seulement parce que l'individu a atteint 65 ans. Cette façon de porter atteinte aux droits est trop drastique. La commodité de certaines procédures administratives ne peut servir de justification possible de la violation des *j* droits. On peut favoriser la retraite, tout en protégeant la dignité de la personne, par des mesures plus adaptées pour porter le moins possible atteinte aux droits.

Per Cory J. (dissenting): The reasons and proposed disposition of Wilson J. were agreed with. For the reasons expressed by La Forest J., the balancing exercise which the Court must undertake in applying s. 1 must be sensitive and not mechanistic.

Substantial differences exist between universities and hospitals and those considerations which applied to universities did not have the same import in the case of hospitals. There was no employment contract struck between the doctors and the hospital and the mandatory retirement policy was not supported by the Medical Association.

Regulation 5.04 could not be justified under the *Oakes* test. The testing procedure in effect, whereby doctors are reviewed or tested once a year, was sufficient in itself to demonstrate that the s. 1 requirements could not be met. A continuous testing of the skills of all doctors regardless of age during the time of their association with a hospital is essential for the successful operation of the hospital. In the hospital setting this essential testing does not adversely affect any collegiality that may exist.

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; **considered:** *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **distinguished:** *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **referred to:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

By Sopinka J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

Le juge Cory (dissident): Le juge Cory souscrit aux motifs du juge Wilson et avec la façon dont elle statuerait en l'espèce. Pour les motifs exposés par le juge La Forest, la juste appréciation à laquelle doit se livrer la Cour dans l'examen de l'application de l'article premier doit être adaptée aux circonstances et non mécanique.

Il existe des différences importantes entre les universités et les hôpitaux. Les facteurs qui s'appliquent aux universités n'ont pas la même importance dans le cas des hôpitaux. Il n'y a pas de contrat d'emploi entre les médecins et l'hôpital et l'association des médecins n'est pas en faveur de la retraite obligatoire.

Le règlement 5.04 ne peut satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes*. Le système d'évaluation en vertu duquel la compétence des médecins est appréciée une fois par année est en soi suffisant pour démontrer que les exigences de l'article premier ne peuvent être satisfaites. Un examen permanent des compétences des médecins qui a lieu sans égard à l'âge au cours des années où ils sont associés à un hôpital est essentiel pour le fonctionnement efficace de celui-ci. Dans le milieu hospitalier, la nécessité de cette évaluation n'a pas d'effet préjudiciable sur la collégialité qui peut exister.

Jurisprudence

f Citée par le juge La Forest

Arrêts appliqués: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; **arrêt examiné:** *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **distinction d'avec les arrêts:** *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489; **arrêts mentionnés:** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

j Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

By Wilson J. (dissenting)

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229; *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

McKinney v. University of Guelph, [1990] 3 S.C.R. 229; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177.

Statutes and Regulations Cited

Act Respecting the Ministère de la santé et des services sociaux, R.S.Q., c. M-19.2.
Act to appropriate certain sums of money for the support of the Emigrant Hospital at Quebec and of the Fever Hospital at Point Levi, and for other purposes therein mentioned, S.L.C. 1832, c. 15.
Act to establish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.B. 1855, c. 40, s. 11.
Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital, S.U.C. 1830, c. 31.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15(1), 32(1)(a), (b).
Charity Aid Act, R.S.O. 1877, c. 223.
Constitution Act, 1867, ss. 92(7), 133.
Constitution Act, 1982, s. 52.
General Hospital Act, C.S.M. 1880, c. 26.
Health Act, R.S.B.C. 1897, c. 91.
Hospital Act, R.S.B.C. 1979, c. 176, ss. 1, 2(1)(a), (c), (d), (3), 4, 18, 30, 32, 36(1), (2), (3), (4), 37, 40, 41, 41(1), 44, 45.
Hospital Act Regulations, B.C. Reg. 289/73, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 8.
Hospital Standards Act, R.S.S. 1978, c. H-10.
Hospitals Act, R.S.A. 1980, c. H-11.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 15.
Insane Asylums Act, C.S.B.C. 1888, c. 61.
Regulations Governing the Medical and Allied Professional Staff and Practice Within the Hospital, Medical Staff Regulation 5.04.
Of Local Hospitals, R.S.N.S. 1900, Title VI, c. 47.
Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia, C.S.B.C. 1877, c. 83.
Prison and Asylum Inspection Act, R.S.O. 1877, c. 224, s. 14.
Public Hospitals Act, R.S.O. 1980, c. 410.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229; *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177.

Lois et règlements cités

Act to establish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.-B. 1855, ch. 40, art. 11.
Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital, S.U.C. 1830, ch. 31.
Acte pour affecter certaines sommes d'argent pour le soutien de l'Hôpital des Émigrés à Québec, et de l'Hôpital pour les cas de Fièvres à la Pointe Lévi, et pour d'autres fins y mentionnées, S.B.-C. 1832, ch. 15.
Charity Aid Act, R.S.O. 1877, ch. 223.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15(1), 32(1)(a), (b).
General Hospital Act, C.S.M. 1880, ch. 26.
Health Act, R.S.B.C. 1897, ch. 91.
Hospital Act, R.S.B.C. 1979, ch. 176, art. 1, 2(1)(a), (c), (d), (3), 4, 18, 30, 32, 36(1), (2), (3), (4), 37, 40, 41, 41(1), 44, 45.
Hospital Act Regulations, B.C. Reg. 289/73, art. 2, 3, 4, 5, 6, 8.
Hospital Standards Act, R.S.S. 1978, ch. H-10.
Hospitals Act, R.S.A. 1980, ch. H-11.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 15.
Insane Asylums Act, C.S.B.C. 1888, ch. 61.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(7), 133.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur le ministère de la santé et des services sociaux, L.R.Q., ch. M-19.2.
Loi sur les hôpitaux publics, L.R.O. 1980, ch. 410.
Of Local Hospitals, R.S.N.S. 1900, Title VI, ch. 47.
Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia, C.S.B.C. 1877, ch. 83.
Prison and Asylum Inspection Act, R.S.O. 1877, ch. 224, art. 14.
Regulations Governing the Medical and Allied Professional Staff and Practice Within the Hospital, Medical Staff Regulation 5.04.

Vancouver General Hospital Act, S.B.C. 1970, c. 55, ss. 2, 2(1)(a), (b), (c), (d), 5, 6, 6(b), 11, 32.
Vancouver General Hospital By-laws, Art. 2, s. 1, Art. 4, s. 2, Art. 6.

Authors Cited

McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, 49 D.L.R. (4th) 727, [1988] 2 W.W.R. 708, 40 C.R.R. 236, dismissing an appeal from a judgment of Taylor J. (1986), 30 D.L.R. (4th) 700, [1986] 6 W.W.R. 23, 25 C.R.R. 16. Appeal allowed and the plaintiffs' action dismissed, Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

Brian A. Crane, Q.C., and *Adam Whitcombe*, for the appellants.

Peter A. Gall, Donald J. Jordan, Q.C., *Robin Elliot* and *Susan P. Arnold*, for the respondents.

Duff Friesen, Q.C., and *Virginia McRae Lajeunesse*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor and *Robert E. Charney*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

E. R. A. Edwards, Q.C., and *George H. Copley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ. was delivered by

LA FOREST J.—This appeal raises many of the same questions addressed in this Court's decision in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229. The application of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to mandatory retirement is again in issue, although it arises in this appeal in the context of a decision by the Vancouver General Hospital not to renew the admitting privileges of doctors who reach the age of 65. Like *McKinney*, this appeal raises the following broad issues:

Vancouver General Hospital Act, S.B.C. 1970, ch. 55, art. 2, 2(1)a), b), c), d), 5, 6, 6b), 11, 32.
Vancouver General Hospital By-laws, art. 2, par. 1, art. 4, par. 2, art. 6.

^a Doctrine citée

McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. *Human Rights and World Public Order*. New Haven: Yale University Press, 1980.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165, 49 D.L.R. (4th) 727, [1988] 2 W.W.R. 708, 40 C.R.R. 236, qui a rejeté l'appel de la décision du juge Taylor (1986), 30 D.L.R. (4th) 700, [1986] 6 W.W.R. 23, 25 C.R.R. 16. Pourvoi accueilli et action des demandeurs rejetée, les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

^d *Brian A. Crane, c.r.*, et *Adam Whitcombe*, pour les appelants.

Peter A. Gall, Donald J. Jordan, c.r., *Robin Elliot* et *Susan P. Arnold*, pour les intimés.

^e *Duff Friesen, c.r.*, et *Virginia McRae Lajeunesse*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

^f *Janet E. Minor* et *Robert E. Charney*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

^g *E. R. A. Edwards, c.r.*, et *George H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

^g Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Gonthier rendu par

^h LE JUGE LA FOREST—Ce pourvoi soulève plusieurs des mêmes questions examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, rendu en même temps que celui-ci. Il est encore question de l'application du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à la retraite obligatoire, bien que ce pourvoi porte sur une décision du Vancouver General Hospital de ne pas renouveler les privilèges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans. Comme dans l'arrêt *McKinney*, ce pourvoi soulève les questions générales suivantes:

- (a) whether s. 15 of the *Charter* applies to the Vancouver General;
- (b) assuming it does, whether the hospital's policy of not renewing the admitting privileges of doctors who reach the age of 65 violates s. 15(1) of the *Charter*;
- (c) whether, if such violation exists, it is justifiable under s. 1 of the *Charter*.

It should be noted that, unlike *McKinney*, no reference is made to the application of s. 15 to the British Columbia *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22. That is because the respondents were not employees of the Vancouver General in the way that the appellants in *McKinney* were employees of the respondent universities. This was conceded in argument before us. Independently of that concession, it is clear that the respondents did not receive or perform work at the direction of the hospital; nor were they paid by it. Their relationship to the hospital consisted solely of their admitting privileges. Of course, these privileges allowed for access to facilities which in turn assisted respondents in treating their patients, but this did not make them employees of the hospital. It follows that they do not come within the protection against age-based discrimination found in the Act, since that protection is limited to those who experience age-based discrimination in the context of employment. No issue, therefore, arises as to whether the limitation of the prohibition in the Act against discrimination in employment on grounds of age to persons between the ages of 40 and 65 violates s. 15(1) of the *Charter*.

I should also add that s. 7 of the *Charter* was originally relied on, but during the argument counsel for the respondents conceded that reliance on this provision was unnecessary and that it was not at issue in this appeal.

Facts

The appellant is the major acute care hospital for the Province of British Columbia and handles about 18,000 high risk patients per year. It is also one of the principal teaching hospitals in the Prov-

- a) l'art. 15 de la *Charte* s'applique-t-il au Vancouver General?
- b) en supposant qu'il s'y applique, la politique de l'hôpital de ne pas renouveler les privilèges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans viole-t-elle le par. 15(1) de la *Charte*?
- c) dans l'affirmative, la limite est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Il convient de souligner que contrairement à l'arrêt *McKinney* aucune mention n'est faite de l'application de l'art. 15 de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22, de la Colombie-Britannique. Il en est ainsi parce que les intimés ne sont pas des employés du Vancouver General au sens où les appelants, dans l'arrêt *McKinney*, étaient des employés des universités intimées. Ce fait a été admis devant nous au cours des plaidoiries. Indépendamment de cette reconnaissance, il est clair que les intimés n'exécutaient pas un travail sous la direction de l'hôpital; ils n'étaient pas rémunérés par celui-ci non plus. Leurs relations avec l'hôpital se limitaient à leurs seuls privilèges d'admission. Évidemment, ces privilèges leur permettaient d'avoir accès aux installations de l'hôpital, lesquelles à leur tour facilitaient la tâche des intimés dans le traitement de leurs patients, mais cela n'en faisait pas des employés de l'hôpital. Il s'ensuit qu'ils ne sont pas visés par la protection contre toute discrimination fondée sur l'âge établie dans la Loi puisque cette protection se restreint aux victimes d'une discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi. Il n'est donc pas question de déterminer si la limitation, dans la Loi, de l'interdiction de la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi aux personnes âgées de 40 à 65 ans viole le par. 15(1) de la *Charte*.

Je dois également ajouter que l'on s'est d'abord appuyé sur l'art. 7 de la *Charte* mais, au cours des plaidoiries, l'avocat des intimés a reconnu qu'il n'était pas nécessaire d'invoquer cette disposition et qu'elle n'était pas en cause en l'espèce.

Les faits

L'appelant est le principal centre hospitalier de soins de courte durée de la Colombie-Britannique et traite quelque 18 000 patients à risque élevé par année. C'est également l'un des principaux hôpi-

ince. In 1985-86, it had an operating budget of \$175 million and employed about 6,000 people. Nearly 1,000 doctors practise at the hospital, about three quarters of whom are specialists. With the exception of those who are general practitioners, all the doctors who practise there are required to hold a teaching appointment at the University of British Columbia.

As already mentioned, it would be incorrect to say that the Vancouver General employs doctors. Doctors are retained by their patients and are paid through the provincial medicare plan. Those who practise at the Vancouver General do so by virtue of admitting privileges granted to them on an annual basis. These privileges carry the right to book patients into the hospital, to assume primary responsibility for a patient's treatment and, in the case of a surgeon, to book operating rooms. They also allow doctors to have a voice in the affairs of the hospital. While it was at one time customary for doctors to have admitting privileges at more than one hospital, this is no longer the case, at least in Vancouver.

Decisions as to the granting and renewal of admitting privileges are made by the hospital's Board of Trustees which, by ss. 5 and 6 of the *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, c. 55, is empowered to manage the property and affairs of the hospital and to pass by-laws for the purpose. Under that Act, the Vancouver General, originally incorporated in 1902, is continued as a corporation endowed with the power to operate a hospital, acquire and dispose of land and personal property, and, subject to the approval of the Minister of Health, carry on a teaching function.

The composition of the Board of Trustees is laid down in the by-laws of the hospital. By the combined operation of Articles 2(1) and 4(2), it is comprised of the following members:

- (a) Fourteen persons appointed for a term of three years by the Lieutenant-Governor in Council as follows:

taux d'enseignement dans la province. En 1985-1986, son budget de fonctionnement était de 175 millions de dollars et quelque 6 000 personnes étaient à son service. Près de 1 000 médecins pratiquent à l'hôpital et les trois quarts environ sont des spécialistes. À l'exception des généralistes, tous les médecins qui pratiquent dans cet hôpital doivent avoir une charge d'enseignement à l'Université de la Colombie-Britannique.

Comme je l'ai déjà souligné, il serait faux de dire que le Vancouver General emploie des médecins. Les médecins sont retenus par leurs patients et sont payés par le régime d'assurance-maladie de la province. Ceux qui pratiquent au Vancouver General le font en vertu de privilèges d'admission qui leur sont accordés sur une base annuelle. Ces privilèges leur permettent de faire admettre des patients à l'hôpital, d'être les premiers responsables du traitement de ceux-ci et, dans le cas des chirurgiens, de réserver des salles d'opération. Ces privilèges permettent également aux médecins d'avoir voix au chapitre des affaires de l'hôpital. Bien qu'à une certaine époque il était habituel que les médecins aient des privilèges d'admission dans plus d'un hôpital, ce n'est plus le cas maintenant, à tout le moins à Vancouver.

C'est le conseil d'administration de l'hôpital qui décide d'accorder et de renouveler les privilèges d'admission et les art. 5 et 6 de la *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, ch. 55, lui permettent de gérer les biens et les affaires de l'hôpital et d'adopter des règlements à cette fin. En vertu de cette loi, le Vancouver General, d'abord constitué en personne morale en 1902, existe toujours comme société ayant le pouvoir d'exploiter un hôpital, d'acquérir et d'aliéner des biens meubles et immeubles et, sous réserve de l'approbation du ministre de la Santé, d'exercer des fonctions d'enseignement.

La composition du Conseil d'administration est établie par règlement de l'hôpital. Par l'effet combiné des par. 2(1) et 4(2), le conseil d'administration est composé des membres suivants:

[TRADUCTION]

- a) Quatorze personnes nommées pour un mandat de trois ans par le lieutenant-gouverneur en conseil de la façon suivante:

- | | |
|--|--|
| <p>(i) Two persons appointed from nominees submitted by the President of The University of British Columbia;</p> <p>(ii) Two persons appointed from nominees submitted by the British Columbia Health Association;</p> <p>(iii) Two persons appointed from nominees submitted by the Board of Vancouver General Hospital;</p> <p>(iv) One person appointed from nominees submitted by the British Columbia Institute of Technology;</p> <p>(v) Seven persons appointed from the Community at large;</p> <p>(b) The Chairman of the Medical Advisory Board; and</p> <p>(c) The President appointed under these By-Laws.</p> | <p>(i) Deux personnes nommées parmi les candidats présentés par le président de l'Université de la Colombie-Britannique;</p> <p>(ii) Deux personnes nommées parmi les candidats présentés par la British Columbia Health Association;</p> <p>(iii) Deux personnes nommées parmi les candidats présentés par le Board of Vancouver General Hospital;</p> <p>(iv) Une personne nommée parmi les candidats présentés par le British Columbia Institute of Technology;</p> <p>(v) Sept personnes nommées parmi la collectivité en général;</p> <p>b) Le président du Medical Advisory Board (le «Conseil consultatif médical»);</p> <p>c) Le président (du conseil d'administration) nommé en vertu de ce règlement.</p> |
|--|--|

As can be seen, the government has power to appoint 14 of the 16 members of the Board. It must be underlined, however, that half of these are really nominees of specific groups, including the hospital, and the remaining are intended to represent "the Community at large". The government appointees serve for rotating, but renewable, terms of three years; see Article 4(2). The other two members, the President and the Chairman of the hospital's Medical Advisory Board, are not government appointees, but are selected by the hospital.

The Act provides for a means for governmental supervision by requiring that the by-laws be approved by the Minister of Health before coming into effect (s. 6(b)). This is reinforced by the provisions of the general statute regulating hospitals in the Province, the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, c. 176, to which the Vancouver General is also subject. For present purposes the relevant provisions of the latter Act are ss. 2 and 32. Section 2 provides, in part, as follows:

2. (1) Every hospital as defined under section 1, except hospitals owned by the Province or by Canada, shall

- (a) make provision for the representation of the Provincial government and the board of the regional

Comme on peut le constater, le gouvernement a le pouvoir de nommer 14 des 16 membres du conseil. Il convient cependant de souligner que la moitié de ces nominations provient en réalité de groupes spécifiques, y compris l'hôpital, et que l'autre moitié est censée représenter «la collectivité en général». Les membres nommés par le gouvernement exercent, par rotation, des mandats de trois ans qui sont renouvelables; voir le par. 4(2) de la Loi. Les deux autres membres, le président du conseil d'administration de l'hôpital et le président du «conseil consultatif médical», ne sont pas nommés par le gouvernement mais sont choisis par l'hôpital.

En exigeant que les règlements soient approuvés par le ministre de la Santé avant d'entrer en vigueur, la loi prévoit un mécanisme de contrôle gouvernemental (al. 6b)). Ce mécanisme se trouve renforcé par les dispositions de la loi générale régissant les hôpitaux dans la province, la *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 176, à laquelle le Vancouver General est également assujéti. Aux fins du présent pourvoi, les art. 2 et 32 sont les dispositions pertinentes de cette Loi. L'article 2 prévoit en partie ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. (1) Tous les hôpitaux visés à l'article premier, sauf les hôpitaux appartenant à la province ou au Canada, doivent

- a) prévoir, de la manière prescrite, la représentation du gouvernement provincial et du conseil du dis-

hospital district on the board of management of the hospital to the extent and in the manner provided;

- (c) have a properly constituted board of management and bylaws or rules thought necessary by the minister for the administration and management of the hospital's affairs and the provision of a high standard of care and treatment for patients, and the constitution and bylaws or rules of a hospital are not effective until approved by the minister;
- (d) comply with further conditions prescribed by the Lieutenant Governor in Council.

(3) Notwithstanding any other Act, or the constitution, bylaws or rules of a hospital, for this section, the Lieutenant Governor in Council may appoint a person or persons to represent the Provincial government on the board of management of a hospital for a term not exceeding 2 years or until his successor is appointed.

Section 32 provides:

32. The minister may require that the bylaws or rules of a hospital or a society or corporation having among its objects the provision of hospital facilities or the operation of a hospital be revised in a manner satisfactory to him in order to meet changing conditions and policies, and to provide for greater uniformity and efficiency in all matters concerning the administration and operation of hospitals.

The effect of these provisions may thus be summarized. Section 2(1)(c) and s. 32 extend the Minister's power in respect to the by-laws of the Vancouver General beyond the negative power of veto set out in s. 6 of the *Vancouver General Hospital Act*. Together, they confer on the Minister the positive power to require the Board of Trustees to adopt new by-laws or change existing by-laws. Sections 2(1)(a) and (3) provide for the direct representation of the provincial government on the Board, the former imposing an obligation on the hospital to allow for such representation, the latter conferring a power of appointment on the Lieutenant Governor in Council.

trict hospitalier régional au conseil d'administration de l'hôpital;

- c) avoir un conseil d'administration dûment constitué et des règlements ou des règles que le ministre estime nécessaires à l'administration et à la gestion des affaires de l'hôpital, ainsi qu'à la prestation de soins et de traitements de première qualité; l'acte constitutif et les règlements ou règles d'un hôpital n'entrent en vigueur qu'après approbation du ministre;
- d) se conformer aux autres conditions prescrites par le lieutenant-gouverneur en conseil.

(3) Nonobstant toute autre loi, l'acte constitutif, les règlements ou règles d'un hôpital, le lieutenant-gouverneur en conseil peut, aux fins du présent article, nommer une ou plusieurs personnes pour représenter le gouvernement provincial au conseil d'administration d'un hôpital pour un mandat n'excédant pas deux ans ou jusqu'à la nomination de leur successeur.

L'article 32 prévoit:

[TRADUCTION] **32.** Le ministre peut exiger que les règlements ou règles d'un hôpital, d'une société ou d'une compagnie dont l'un des objets est de fournir des services hospitaliers ou d'exploiter un hôpital soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante en vue de répondre à des conditions et des politiques en évolution et d'apporter plus d'uniformité et d'efficacité dans les domaines relevant de l'administration et de l'exploitation des hôpitaux.

L'effet de ces dispositions peut être résumé ainsi. L'alinéa 2(1)c) et l'art. 32 étendent la portée des pouvoirs du ministre relativement aux règlements du Vancouver General au-delà du pouvoir négatif de veto établi à l'art. 6 de la *Vancouver General Hospital Act*. Ensemble, ils confèrent au ministre le pouvoir réel d'imposer au conseil d'administration l'adoption de nouveaux règlements ou la modification des règlements existants. L'alinéa 2(1)a) et le par. (3) prévoient que le gouvernement provincial est directement représenté au conseil d'administration puisque la première disposition oblige l'hôpital à prévoir cette représentation et la deuxième confère un pouvoir de nomination au lieutenant-gouverneur en conseil.

In this legislative context, the Board approved Medical Staff Regulation 5.04 in May of 1984, which was then approved by the Minister of Health. Regulation 5.04 provides as follows:

5.04 Retirement: Members of the Staff shall be expected to retire at the end of the appointment year in which they pass their 65th birthday. Members of the Staff who wish to defer their retirement may make special application to the Board. The Board shall request the Medical Advisory Committee for a recommendation in each such case. The Medical Advisory Committee shall, in making its recommendation, consider the report of a personal interview which shall take place between the applicant and the Department Head concerned which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant.

In implementing this Regulation, the Board seems to have operated on the view that all physicians were expected to retire on their 65th birthday unless it could be shown that they "had something unique to offer the hospital". On this basis the Board, on May 31, 1985, decided not to renew the admitting privileges of most of the respondents to this appeal, all of whom had turned 65 and most of whom were general practitioners.

The respondents commenced these proceedings to set aside the decision of the Board and to obtain a declaration that Regulation 5.04, either by its terms or by the manner of its application, violated ss. 7 and 15 of the *Charter*. The respondents also argued that the Regulation or the manner of its application was contrary to the *Human Rights Act*. An interim injunction restraining the Board from limiting or removing the admitting privileges of the respondents pending the outcome of respondents' application under the *Charter* and the *Human Rights Act* was issued by McKenzie J. of the British Columbia Supreme Court on June 27, 1985. His decision was upheld by the British Columbia Court of Appeal. Judgment in favour of the respondents' application was later given by Taylor J. of the same court on July 23, 1986, and the British Columbia Court of Appeal dismissed the appellants' appeal in a decision rendered on

Dans ce contexte législatif, le conseil d'administration a approuvé le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations en mai 1984, lequel a ensuite été approuvé par le ministre de la Santé. Le règlement

5.04 prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] 5.04 La retraite: Les membres du personnel sont censés prendre leur retraite à la fin de l'année d'exercice au cours de laquelle ils atteignent 65 ans. Les membres du personnel qui veulent reporter leur mise à la retraite peuvent présenter une demande spéciale au conseil d'administration, qui demande la recommandation du «conseil consultatif médical» dans chaque cas. Avant de faire sa recommandation, le conseil consultatif médical tient compte du rapport d'une entrevue personnelle entre le requérant et le chef de département concerné, y compris le rapport de l'état de santé et du rendement continu du requérant.

Dans la mise en œuvre de ce règlement, le conseil d'administration semble avoir tenu pour acquis que tous les médecins étaient censés prendre leur retraite à leur 65^e anniversaire de naissance, sauf s'ils pouvaient démontrer qu'ils [TRADUCTION] «avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital». C'est en fonction de ce critère que, le 31 mai 1985, le conseil d'administration a décidé de ne pas renouveler les privilèges d'admission de la plupart des intimés en l'espèce, lesquels avaient tous atteint 65 ans et étaient pour la plupart des généralistes.

Les intimés ont intenté cette action en vue d'annuler la décision du conseil d'administration et d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le règlement 5.04, soit par sa formulation, soit dans son application, violait les art. 7 et 15 de la *Charte*. Les intimés ont également soutenu que le règlement ou son application étaient contraires à la *Human Rights Act*. Le 27 juin 1985, le juge McKenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décerné une injonction provisoire pour empêcher le conseil de restreindre ou de supprimer les privilèges d'admission des intimés jusqu'à l'issue de la requête des intimés fondée sur la *Charte* et la *Human Rights Act*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé cette décision. Le 23 juillet 1986, le juge Taylor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendu jugement en faveur des intimés et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel des appe-

January 6, 1988. In doing so, it found it unnecessary to reach any conclusion as to the effect or application of the *Human Rights Act*. Leave to appeal to this Court was granted on April 21, 1988.

Judicial History

British Columbia Supreme Court (1986), 30 D.L.R. (4th) 700

Taylor J., we saw, found in favour of the respondents' application. He held that the *Charter* applied both to the enactment of Regulation 5.04 and the manner in which it was applied by the Board. In respect to the former conclusion, he pointed to the facts that 14 of the 16 trustees who adopted the Regulation were appointed directly by the Lieutenant Governor in Council, and that under the *Vancouver General Hospital Act*, by-laws of the Board only came into effect if approved by the Minister of Health. From this he concluded, at p. 704, that "the provincial government effectively controls the affairs of the hospital". Taylor J. amplified this conclusion, at p. 704, by pointing to the "broad ministerial supervision" to which the Vancouver General was subject by virtue of the terms of the *Hospital Act*. After noting that s. 2(1)(c) of the latter Act required the Board to "have such by-laws and other rules as the Minister deems necessary", he concluded, at pp. 704-705, that the phrase "government of each province" in s. 32(1)(b) of the *Charter*

... extends not only to actual provincial ministries and to entities created by a provincial government which exercise governmental authority, but also to agencies set up by a provincial government which carry out government functions under government control without exercising governmental powers, that is to say those vested only with organizational powers which provide government services to the public, provided at least that the conduct in question relates to the provision of government services.

Applying this conclusion to the case, Taylor J. found, at p. 705, that the "management of the Vancouver General Hospital is for practical pur-

lants dans une décision rendue le 6 janvier 1988. Ce faisant, elle a jugé inutile de tirer une conclusion sur l'effet ou l'application de la *Human Rights Act*. Le 21 avril 1988, notre Cour accordait l'autorisation de pourvoi.

L'historique judiciaire

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1986), 30 D.L.R. (4th) 700

Nous avons vu que le juge Taylor a statué en faveur des intimés. Il a conclu que la *Charte* s'appliquait tant à l'adoption du règlement 5.04 qu'à la manière dont le conseil l'avait appliqué. Quant à la première conclusion, il a souligné que 14 des 16 membres du conseil d'administration qui avaient adopté le règlement avaient été nommés directement par le lieutenant-gouverneur en conseil et qu'en vertu de la *Vancouver General Hospital Act* les règlements internes du conseil d'administration n'entraient en vigueur que sur approbation du ministre de la Santé. Il a donc conclu, à la p. 704, que [TRADUCTION] «le gouvernement provincial contrôle effectivement les affaires de l'hôpital». À la page 704, le juge Taylor a réaffirmé cette conclusion en mentionnant le [TRADUCTION] «contrôle ministériel étendu» dont faisait l'objet le Vancouver General en raison des termes de la *Hospital Act*. Après avoir souligné que l'al. 2(1)c) de cette loi exigeait du conseil d'administration d'avoir [TRADUCTION] «des règlements ou les règles que le ministre estime nécessaires», il a conclu, aux pp. 704 et 705, que l'expression «gouvernement de chaque province» à l'al. 32(1)b) de la *Charte*

[TRADUCTION] ... s'étend non seulement aux ministères provinciaux existants et aux entités créées par un gouvernement provincial qui exercent un pouvoir gouvernemental, mais également aux organismes mis sur pied par un gouvernement provincial exerçant des fonctions gouvernementales sous le contrôle du gouvernement sans exercer de pouvoirs gouvernementaux, c'est-à-dire ceux qui n'ont que des pouvoirs organisationnels en vue d'offrir au public des services gouvernementaux, pourvu à tout le moins que leurs fonctions en question se rapportent à la prestation de services gouvernementaux.

Appliquant cette conclusion en l'espèce, le juge Taylor a conclu que [TRADUCTION] «la gestion du Vancouver General Hospital relève à toutes fins

poses as fully under provincial government direction and control as would have been the case had it been operated within a ministry”.

As to the question of whether the *Charter* applied to the conduct of the Board in implementing Regulation 5.04, Taylor J. was of the opinion, at p. 705, that “since regulations made by the trustees are, as I have found, governmental in nature, and therefore subject to the Charter, it follows that the way in which those rules are applied must be subject to the same constraints”. He added that the “enactment, approval and application of the regulation involved the creation and administration of ‘law’ as that word is used in s. 15(1)” of the *Charter*.

Turning to s. 15(1) and the argument of the respondents that they had been discriminated against on the basis of age, Taylor J. held that Regulation 5.04 did not by itself constitute a contravention of s. 15(1). After holding that age-based distinctions were to be found discriminatory if it were shown that “age is entirely irrelevant in the context” or that the consequences for those affected by the distinction “are clearly beyond anything which can reasonably and fairly be justified by any legitimate purpose served” (p. 708), Taylor J. found nothing discriminatory in the Vancouver General’s use of the concept of an “expected retirement age” in the making of decisions as to the renewal of admitting privileges. This was because it was obvious that age was relevant to one’s ability to practise medicine. As well, the burden it placed on older doctors was consistent with their duty, as professionals, to ensure that others were trained in their calling and to pass on their own practices while they were themselves still able to practise efficiently. With respect to the question of whether 65 was the appropriate “expected retirement age”, Taylor J. concluded, at p. 708, that it was within “a range which reasonable, fair-minded people would accept”. As a

pratiques autant du contrôle du gouvernement provincial que si son exploitation relevait d’un ministère» (p. 705).

Quant à la question de savoir si la *Charte* s’appliquait à la façon dont le conseil d’administration a mis en œuvre le règlement 5.04, le juge Taylor était d’avis que [TRADUCTION] «puisque le règlement pris par les membres du conseil d’administration est, comme je l’ai conclu, de nature gouvernementale, et donc assujéti à la *Charte*, il s’ensuit qu’il en est de même pour la façon dont ce règlement est appliqué» (p. 705). Il a ajouté que [TRADUCTION] «l’adoption, l’approbation et l’application du règlement impliquaient la création et l’application d’une ‘loi’ au sens du par. 15(1)» de la *Charte*.

Examinant le par. 15(1) et l’argument des intimés qu’ils ont été victimes de discrimination fondée sur l’âge, le juge Taylor a conclu que le règlement 5.04 ne contrevenait pas en soi au par. 15(1). Après avoir décidé que les distinctions fondées sur l’âge sont discriminatoires si on établit que [TRADUCTION] «l’âge n’est absolument pas pertinent dans le contexte» ou que les conséquences pour les personnes visées par les distinctions [TRADUCTION] «vont clairement au-delà de tout ce qui peut raisonnablement et équitablement être justifié dans la poursuite d’un objectif légitime» (p. 708), le juge Taylor a conclu que le recours par le Vancouver General à la notion d’un [TRADUCTION] «âge prévu pour la retraite» pour décider du renouvellement des privilèges d’admission n’avait rien de discriminatoire. Et ce, parce qu’il était évident que l’âge avait un rapport avec les capacités d’une personne de pratiquer la médecine. En outre, le fardeau imposé aux médecins plus âgés était conforme à leur devoir, comme professionnels, de veiller à ce que les autres reçoivent la formation nécessaire à leur profession et de transmettre leur propre expertise alors qu’ils étaient eux-mêmes encore capables de pratiquer efficacement. Quant à la question de savoir s’il était approprié de fixer à 65 ans [TRADUCTION] «l’âge prévu pour la retraite», le juge Taylor a conclu, à la p. 708, que celui-ci se trouvait dans [TRADUCTION] «une catégorie que les gens raisonnables et impartiaux accepteraient». Par conséquent, il était

result, he thought, it would be inappropriate for the court to substitute its opinion as to an appropriate "expected age of retirement" for that of the hospital's Board of Trustees.

Taylor J. came to a different conclusion respecting the respondents' argument that s. 15(1) had been contravened by the manner in which the Board applied Regulation 5.04. With respect to the Board's policy decision not to renew the admitting privileges of any doctor who came within the Regulation unless it was shown that they "had something unique to offer the hospital", he stated, at pp. 716-17:

By deciding to reject the applications of all doctors over 65 who lack unique skills, the trustees added a requirement which effectively denied those over 65 the right to be judged on the basis of "health and continuing performance", the criteria which the regulation indicated would be considered in deciding whether their privileges would be continued. The plaintiffs were plainly denied the benefit of Reg. 5:04, and equal benefit of the hospital regulations generally, solely on the basis of age, and with no concomitant benefit to others. The policy was adopted essentially for administrative convenience. I find that this was neither reasonable nor, in the relevant sense, "fair".

On these grounds Taylor J. concluded that the application of Regulation 5.04 amounted to discrimination on the basis of age within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. He also found that the application of the Regulation constituted a deprivation of liberty within the meaning of s. 7 of the *Charter* that was not in accordance with "the principles of fundamental justice".

With respect to s. 1 of the *Charter*, Taylor J. held, at p. 718, that the qualification the Board placed on Regulation 5.04 was not a "limit prescribed by law", as was required by s. 1, but rather "a limit which they placed on law". He added that even if he had found the policy of the Board to be a "limit prescribed by law", it had not been shown to meet the requirements of s. 1 as a "reasonable limit" on the respondents' rights under ss. 15 and 7.

d'avis qu'il ne serait pas approprié que le tribunal substitue son opinion à celle du conseil d'administration de l'hôpital quant au caractère approprié de [TRADUCTION] «l'âge prévu pour la retraite».

^a Le juge Taylor est parvenu à une conclusion différente quant à l'argument des intimés que le conseil d'administration avait contrevenu au par. 15(1) dans l'application du règlement 5.04. En ce qui concerne la politique du conseil de ne pas renouveler les privilèges d'admission des médecins visés par le règlement à moins qu'ils n'établissent qu'ils «avaient quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital», il a affirmé, aux pp. 716 et 717:

^c [TRADUCTION] En décidant de rejeter les demandes de tous les médecins de plus de 65 ans qui ne possèdent pas de compétences uniques, les membres du conseil d'administration ont ajouté une condition qui privait dans les faits les personnes de plus de 65 ans du droit d'être jugé en fonction de «[leur] état de santé et [de leur] rendement continu», le critère qui devait être applicable selon le règlement au renouvellement de leurs privilèges. Les intimés ont été clairement privés du bénéfice du règlement 5.04, et du même bénéfice des règlements de l'hôpital en général pour la seule raison de l'âge et sans bénéfice concomitant aux autres. C'est essentiellement pour des raisons administratives que la politique a été adoptée. Je trouve que cela n'est ni raisonnable ni, au sens propre, «équitable».

^f Pour ces motifs, le juge Taylor a conclu que l'application du règlement 5.04 constituait une discrimination fondée sur l'âge au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Il a également conclu que l'application du règlement privait les intimés du droit à la liberté au sens de l'art. 7 de la *Charte* d'une façon non conforme aux «principes de justice fondamentale».

^h Quant à l'article premier de la *Charte*, le juge Taylor a conclu, à la p. 718, que la restriction apportée au règlement 5.04 par le conseil d'administration ne constituait pas une «limite prescrite par une règle de droit», comme l'exige l'article premier, mais plutôt [TRADUCTION] «une limite apportée à la règle de droit». Il a ajouté que même s'il avait conclu que la politique du conseil était une «limite prescrite par une règle de droit», on n'avait pas démontré qu'elle satisfaisait aux exigences de l'article premier comme une «limite raisonnable» aux droits des intimés reconnus par les art. 15 et 7.

The Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165

On appeal, the British Columbia Court of Appeal held that the *Charter* applied to the hospital both in respect of its passage of Regulation 5.04 and of its application of that Regulation. It was of the opinion, at p. 168, that the “control exercised by the government over the operation of the hospital generally, and the formulation of its retirement policy in particular, put the question beyond doubt”. Citing this Court’s decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Court of Appeal stated that the question to be answered was whether the alleged infringement was an act of the legislative, executive or administrative branches of government or was connected to an act of one of these branches of government in a direct and precisely-defined way. It answered this question in the affirmative, stating, at p. 169:

The regulation at issue in these proceedings, Reg. 5:04, was approved by the minister in October 1984. That approval suffices, in our opinion, to establish the direct and precisely defined connection with government referred to in *Dolphin Delivery* as bringing the act of a non-governmental body under the Charter. The impugned regulation was initiated by an act of the hospital, but it came into force only upon the approval of the executive arm of the provincial government.

The court concluded its consideration of the application issue by stating, at p. 169, that “If Reg. 5:04 falls under the Charter, so does the conduct of those bodies charged with administering it”. In its view, this brought the policy of the Board of only renewing the admitting privileges of those doctors who were over 65 who “had something unique to offer the hospital” within the purview of the *Charter*.

Turning to s. 15(1) of the *Charter*, the Court of Appeal found that Regulation 5.04 came within the right to equality “before and under the law” guaranteed by that section. This was because Regulation 5.04 was “a rule or system of rules formulated by government and imposed upon the whole or a segment of society” (p. 169), with the result that it was a law for the purposes of s. 15.

La Cour d’appel (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165

En appel, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a conclu que la *Charte* s’appliquait à l’hôpital tant à l’égard de l’adoption du règlement 5.04 que de son application. Elle était d’avis que [TRADUCTION] «le contrôle exercé par le gouvernement sur l’exploitation de l’hôpital en général et la formulation de sa politique de retraite en particulier ne soulevaient aucun doute» (p. 168). Citant l’arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, de notre Cour, la Cour d’appel a affirmé que la question était de savoir si la violation alléguée était un acte du pouvoir législatif, exécutif ou administratif du gouvernement ou s’il se rattachait à un acte de l’une de ces branches du gouvernement d’une manière directe et définie précisément. Elle a répondu par l’affirmative, à la p. 169:

[TRADUCTION] Le règlement contesté en l’espèce, le règlement 5.04, a été approuvé par le ministre en octobre 1984. À notre avis, cette approbation suffit pour établir le lien direct et précisément défini avec le gouvernement dont il était question dans l’arrêt *Dolphin Delivery*, et qui assujettit à la *Charte* l’action d’un organisme non gouvernemental. Le règlement contesté découle d’une action de l’hôpital, mais il n’est entré en vigueur qu’à la suite de l’approbation du pouvoir exécutif du gouvernement provincial.

La cour a conclu son examen de la question de l’application de la *Charte* en affirmant, à la p. 169, que [TRADUCTION] «[s]i le règlement 5.04 est visé par la *Charte*, il en est de même des actes des organismes responsables de son application». À son avis, cela signifiait que la *Charte* s’appliquait à la politique du conseil de ne renouveler les privilèges d’admission des médecins de plus de 65 ans que s’ils avaient [TRADUCTION] «quelque chose d’unique à offrir à l’hôpital».

Examinant le par. 15(1) de la *Charte*, la Cour d’appel a conclu que le règlement 5.04 relevait du droit à l’égalité [TRADUCTION] «devant la loi» devant la loi garanti par cet article. Il en était ainsi parce que le règlement 5.04 constituait [TRADUCTION] «une règle ou un système de règles formulé par le gouvernement et imposé à tout ou partie de la société» (p. 169), ce qui en faisait une loi aux

As to whether a violation of s. 15(1) had been shown, the Court of Appeal stated, at p. 170, that the question “is whether Reg. 5:04 makes a distinction adverse to the plaintiffs, which can be said to be unreasonable and unfair having due regard to their interests and the interests of others affected by the regulations”. Citing evidence showing that the failure of the hospital to renew the admitting privileges of the respondents had meant the curtailment or end of their professional practices, the court found that Regulation 5.04 clearly made a distinction based on age which was adverse to those to whom it applied. It then found that this distinction could not be said to be reasonable and fair. After noting that there was no evidence that any of the respondents were incompetent or had prevented other physicians from obtaining admitting privileges or that physicians over 65 were, as a general rule, unable to perform to the high standards of the hospital, the court held, at pp. 171-72, that:

A regulation terminating admitting privileges at age 65 cannot logically be justified merely because it will prevent the possibility of an incompetent physician being associated with the hospital at some point thereafter. To justify such a provision, a correlation must be shown between the age of 65 and incompetence or other detriment to the operation of the hospital. In the absence of such a correlation, we cannot say that the distinction entailed in requiring retirement at age 65 is reasonable and fair.

The court then considered and rejected the argument that Regulation 5.04 did not lay down a mandatory retirement policy, but simply provided a method for determining whether those over 65 remained fit to practise. In this respect, it observed that although Regulation 5.04 stipulated that “health and continuing performance” were to be considered in determining whether a particular doctor was to be allowed to defer retirement, it did not confine its consideration to those factors. It also observed that Regulation 5.04 was interpreted and applied by the Board as a mandatory retirement provision, since only those doctors with

fins de l’art. 15. Quant à savoir si la violation du par. 15(1) avait été démontrée, la Cour d’appel a affirmé, à la p. 170, que la question [TRADUCTION] «est de savoir si le règlement 5.04 établit une distinction préjudiciable aux appelants que l’on peut qualifier d’abusive ou d’injuste compte tenu de leurs intérêts et des intérêts des autres personnes visées par les règlements». Produisant des éléments de preuve démontrant que le refus de l’hôpital de renouveler les privilèges d’admission des intimés revenait à restreindre leur pratique professionnelle, ou à y mettre fin, la cour a conclu que le règlement 5.04 établissait clairement une distinction fondée sur l’âge qui était préjudiciable à ceux qu’il visait. Elle a ensuite conclu que cette distinction ne pouvait être qualifiée de raisonnable et d’équitable. Après avoir souligné qu’il n’y avait aucune preuve que les intimés étaient incompetents ou avaient empêché d’autres médecins d’obtenir des privilèges d’admission ou que les médecins de plus de 65 ans étaient, de façon générale, incapables de respecter les normes élevées de l’hôpital, la cour a conclu ce qui suit, aux pp. 171 et 172:

[TRADUCTION] En toute logique, on ne peut justifier un règlement mettant fin aux privilèges d’admission à partir de 65 ans simplement parce que cela écartera la possibilité qu’un médecin incompetent soit rattaché à l’hôpital par la suite. Pour justifier une telle disposition, un rapport doit être établi entre l’âge de 65 ans et l’incompétence des médecins ou un autre préjudice portant atteinte à l’exploitation de l’hôpital. En l’absence d’un tel rapport, nous ne pouvons affirmer que la distinction établie par la mise à la retraite obligatoire à 65 ans est raisonnable et équitable.

La cour a ensuite examiné et rejeté l’argument que le règlement 5.04 n’établissait pas une politique de retraite obligatoire, mais constituait simplement une façon de déterminer ceux qui demeureraient habiles à pratiquer après 65 ans. À cet égard, la cour a souligné que bien que le règlement 5.04 précise que [TRADUCTION] «l’état de santé et le rendement continu» devaient être examinés pour décider de permettre à un médecin de reporter la date de sa retraite, le règlement ne restreignait pas l’examen à ces facteurs. Elle a également souligné que le conseil d’administration interprétait et appliquait le règlement 5.04 comme une disposi-

“unique skills” were in fact allowed to defer retirement.

Turning to s. 1 of the *Charter*, the court held that the objective of Regulation 5.04—the maintenance of the highest standards of medical care and instruction—was sufficiently important to warrant overriding a constitutionally-protected right. But it found that it had not been shown that the means chosen to achieve this objective were demonstrably justified, having regard to the guidelines set out in this Court’s decision in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This was because Regulation 5.04 “must be viewed as unfair and arbitrary in the absence of evidence or other clear indication that there is a correlation between the age of 65 and the inability to practise medicine properly or other detriment to the hospital’s operations” (p. 173). It was also because the failure to show the above-mentioned correlation meant that it “cannot be said that denial of admitting privileges to all physicians who reach that age impairs the rights of those physicians as little as possible having regard to the aim of maintaining high medical standards at the hospital” (p. 173). Finally, there was a lack of overall proportionality between the object Regulation 5.04 sought to achieve and the means it employed, in which respect the court again returned to the “lack of a convincing link between the age of 65 and the ability of the hospital to deliver the high level of care, teaching and research to which it aspires” (p. 174).

Having found in favour of the respondents on the s. 15 argument, the Court of Appeal found it unnecessary to consider whether an infringement of s. 7 of the *Charter* could also be established.

Leave to appeal to this Court was granted and the following constitutional questions were stated by Chief Justice Dickson on August 30, 1988:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver

tion de mise à la retraite obligatoire puisque seuls les médecins aux [TRADUCTION] «compétences particulières» avaient en réalité la permission de reporter leur retraite.

^a Examinant l’article premier de la *Charte*, la cour a conclu que l’objectif du règlement 5.04—la prestation de soins médicaux et d’une formation médicale de première qualité—était suffisamment important pour justifier la suppression d’un droit protégé par la Constitution. Mais elle a décidé qu’on n’avait pas établi que les mesures choisies pour parvenir à cet objectif étaient de celles dont la justification peut se démontrer, compte tenu des directives formulées par notre Cour dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Et ce, parce que le règlement 5.04 [TRADUCTION] «doit être considéré comme injuste et arbitraire en l’absence d’une ^a preuve ou d’une autre indication claire qu’il y a un rapport entre l’âge de 65 ans et l’incapacité à pratiquer correctement la médecine ou un autre préjudice portant atteinte au fonctionnement de l’hôpital» (p. 173). Autre motif de la cour, le défaut d’établir le rapport en question signifiait qu’on [TRADUCTION] «ne pouvait pas affirmer que le retrait des privilèges d’admission aux médecins qui atteignent cet âge porte le moins possible atteinte à leurs droits compte tenu de l’objectif poursuivi, le maintien des normes médicales de première qualité à l’hôpital» (p. 173). Enfin, il y avait une absence de proportionnalité générale entre l’objectif que visait à atteindre le règlement 5.04 et les mesures employées, ce qui a amené la cour à réaffirmer [TRADUCTION] «l’absence d’un lien convaincant entre l’âge de 65 ans et la capacité de l’hôpital de respecter les normes de première qualité auxquelles il aspire en matière de ^b soins, d’enseignement et de recherche» (p. 174).

ⁱ Ayant statué en faveur des intimés à l’égard de l’argument fondé sur l’art. 15, la Cour d’appel a conclu qu’il n’était pas nécessaire d’examiner s’il y avait violation de l’art. 7 de la *Charte*.

^j Notre Cour a accordé l’autorisation de pourvoi et le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 30 août 1988:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s’appliquent-elles aux actions du Vancouver

General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *a*
3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *b*
4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? *c*

The Attorneys General of Canada, Ontario and of British Columbia intervened. *d*

The Application of the Charter

The question of whether or not the *Charter* applies in a particular case is to be answered in light of s. 32(1), which reads: *e*

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and *f*

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province. *g*

As I commented in *McKinney*, these words give a strong message that only government is to be bound by the *Charter*. Various explanations can be advanced as to why the decision to so limit the *Charter* was taken, some of which I outlined in *McKinney*. These include the historical association of bills of rights with the struggle to constrain the exceptional power of government to impose its will upon the individual or minority groups; the belief that the values which a bill of rights seeks to promote and protect can be better and more flexibly achieved in the private sphere if left to the various specialized administrative or quasi-judicial bodies which are mandated and equipped to deal with discrimination in specific social and economic *j*

General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *a*
3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *b*
4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? *c*

Les procureurs généraux du Canada, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique sont intervenus. *d*

L'application de la Charte

Pour décider de l'application de la *Charte* dans un cas particulier, il faut tenir compte du par. 32(1) qui se lit ainsi: *e*

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest; *f*

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature. *g*

Comme je l'ai dit dans l'arrêt *McKinney*, ces mots indiquent fortement que seul le gouvernement est lié par la *Charte*. Diverses explications peuvent être apportées pour justifier la décision de restreindre ainsi la *Charte*, et j'en ai mentionné quelques-unes dans l'arrêt *McKinney*. Parmi celles-ci, on note les liens historiques entre les déclarations des droits et les luttes pour restreindre le pouvoir exceptionnel du gouvernement d'imposer sa volonté aux individus ou groupes minoritaires; la croyance que les valeurs qu'une déclaration des droits vise à promouvoir et à protéger peut se réaliser mieux et de manière plus souple dans le domaine privé, si on s'en remet aux divers organismes administratifs ou quasi judiciaires spécialisés *i*

contexts; the concomitant apprehension that a generally applicable bill of rights would have an unduly chilling effect on the confidence which is essential to the meaningful enjoyment of the individual freedom a bill of rights seeks to protect; and the heavy if not impossible burden which application of the *Charter* to private conduct would impose on the courts.

Other considerations of this sort could and have been suggested. The challenge for the courts is to find a principled basis on which to give effect to the deliberate choice that has been made in favour of a Charter of Rights and Freedoms that applies only to government and its emanations. The leading authority in this respect is, of course, this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*. There McIntyre J., speaking for the Court, observed, at p. 598, that s. 32(1) treated Parliament and the legislatures "as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government", from which it followed that "where the word 'government' is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense—meaning the whole of the governmental apparatus of the state—but to a branch of government". On this basis he concluded that "The word 'government', following as it does the words 'Parliament' and 'Legislature', must . . . refer to the executive or administrative branch of government", a conclusion he buttressed by referring to the manner in which the word "government" was used in the *Constitution Act, 1867*.

In short, McIntyre J. was of the view that the references in s. 32(1) to the "government of Canada" and the "government of each province" could not be interpreted as bringing within the ambit of the *Charter* the whole of that amorphous entity which in contemporary political theory might be thought of as "the state". Instead, they were to be interpreted as references to what has traditionally been thought of as the institutions of government—those bodies and offices upon which the Constitution confers power to make and enforce laws generally applicable across the body politic. This did not mean that the *Charter* was only to

qui sont tenus et capables de traiter de la discrimination dans des contextes sociaux et économiques particuliers; la crainte concomitante qu'une déclaration des droits d'application générale aurait un effet trop paralysant sur la confiance qui est essentielle au véritable exercice de la liberté individuelle qu'une charte des droits vise à protéger; et le lourd sinon impossible fardeau que l'application de la *Charte* aux actions de nature privée imposerait aux tribunaux.

D'autres considérations de ce genre pourraient être apportées et l'ont été. Le défi des tribunaux est de trouver un principe sur lequel fonder la décision délibérée de n'appliquer une charte des droits et libertés qu'au gouvernement et à ses émanations. L'arrêt de principe à cet égard est évidemment l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, précité, de notre Cour. Dans cet arrêt, le juge McIntyre, au nom de la Cour, a souligné, à la p. 598, que le par. 32(1) considère le Parlement et les législatures «comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif» et que, par conséquent, le terme «gouvernement» utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général—c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État—mais plutôt une branche de gouvernement». D'où sa conclusion que «[l]e terme 'gouvernement', qui suit les termes 'Parlement' et 'législature', doit alors [...] désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement», une conclusion qu'il étaye en mentionnant la manière dont le terme «gouvernement» a été utilisé dans la *Loi constitutionnelle de 1867*.

En résumé, le juge McIntyre était d'avis que les mentions au par. 32(1) du «gouvernement du Canada» et du «gouvernement de chaque province» ne pouvaient être interprétées de manière à faire relever de la *Charte* l'ensemble de cette entité vague que l'on désigne parfois de nos jours en science politique comme [TRADUCTION] «l'État». Ces mentions devaient plutôt être interprétées comme désignant ce que l'on a traditionnellement considéré être les institutions du gouvernement—ces organismes auxquels la Constitution confère le pouvoir d'adopter et d'appliquer des lois d'application générale aux entités politiques. Ce qui ne veut

apply to Parliament, Legislatures and Ministers of the Crown. For although this Court was not called upon in *Dolphin Delivery* to delineate the circumstances in which the *Charter* applies to the actions of subordinate bodies that are created, supported or supervised by government, McIntyre J. clearly countenanced the application of the *Charter* to such bodies by including the "administrative branch" within his definition of the word "government". More specifically, he said, at p. 602:

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures.

Nor did the Court in *Dolphin Delivery* preclude the possibility of a successful reliance on the *Charter* by a party to a dispute between private individuals, provided it could be shown that the party against whom the *Charter* was invoked relied upon some form of governmental action. As to the question of what would amount to a sufficient element of governmental intervention, McIntyre J. was not called upon to give a determinative answer. However, in the course of a consideration of the circumstances in which the *Charter* would apply to court orders in private litigation, he did note, at p. 601, that a "more direct and a more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced" than was shown by the appellant in *Dolphin Delivery* was required.

The respondents argued that it is unnecessary in this appeal to consider whether the Vancouver General is one of the subordinate bodies to which the *Charter* applies. They argue that because Regulation 5.04 could only take effect upon the approval of the Minister of Health, its adoption and subsequent administration must be characterized as actions of the executive branch of government, to which the *Charter* obviously applies. In support of this argument, they cite this Court's decision in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*).

pas dire que la *Charte* devait seulement s'appliquer au Parlement, aux législatures et aux ministres de la Couronne. Car bien que la Cour n'ait pas été appelée dans l'arrêt *Dolphin Delivery* à déterminer les circonstances dans lesquelles la *Charte* s'applique aux actions des organismes subordonnés créés, financés ou contrôlés par le gouvernement, le juge McIntyre s'est clairement prononcé en faveur de l'application de la *Charte* à ces organismes en incluant la «branche administrative» dans sa définition du terme «gouvernement». Plus précisément, il a dit, à la p. 602:

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures.

La Cour, dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, n'a pas non plus écarté la possibilité qu'une partie à un litige privé puisse avoir gain de cause en invoquant la *Charte*, pourvu qu'elle puisse démontrer que la partie contre qui la *Charte* a été invoquée devait recourir à une certaine forme d'action gouvernementale. Quant à savoir ce qui constituerait une intervention gouvernementale suffisante, le juge McIntyre n'avait pas à donner de réponse définitive. Cependant, alors qu'il examinait les circonstances dans lesquelles la *Charte* s'appliquerait aux ordonnances judiciaires dans un litige entre particuliers, il a souligné, à la p. 601, qu'un «lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite» était nécessaire, ce qui n'avait pas été établi par l'appellant dans l'arrêt *Dolphin Delivery*.

En l'espèce, les intimés ont soutenu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner si le Vancouver General constitue l'un de ces organismes subordonnés auxquels la *Charte* s'applique. Ils soutiennent que parce que le règlement 5.04 ne pouvait entrer en vigueur que sur approbation du ministre de la Santé, son adoption et son application ultérieure doivent être qualifiées comme des actions du pouvoir exécutif du gouvernement auquel la *Charte* s'applique évidemment. À l'appui de cet argument, ils citent l'arrêt *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (l'affaire *Blaikie no. 2*), de notre Cour.

I do not think that the question of the applicability of the *Charter* to the facts of this case can be so easily disposed of. To my mind, the fact that Regulation 5.04 only came into effect when approved by the Minister of Health does not alter its character as a regulation for the internal management of the hospital and its staff, which was developed, written and adopted by the authorities entrusted with the ongoing management of the hospital's internal affairs by the terms of the *Vancouver General Hospital Act*. The evidence does not show that Regulation 5.04 was instigated by the Minister of Health, or that it in any way represents ministerial policy with respect to the renewal of admitting privileges. Instead, it shows that Regulation 5.04 was the end result of an internal review of policies relating to the retirement of medical staff which the hospital undertook at the initiative of its Board of Trustees in 1979. Leaving aside for the moment the question whether the Board should itself be regarded as part of government by virtue of the fact that the vast majority of its members are appointed by the Lieutenant Governor in Council, Regulation 5.04 can, in these circumstances, be interpreted as a recognition that the hospital is accorded a large degree of autonomy with respect to matters relating to its internal management. To put it somewhat differently, there is no reason to assign greater weight to the fact that Regulation 5.04 took effect after being approved by the Minister of Health than is assigned to the fact that it emerged from an internal policy review undertaken independently of the ministry or overall government policy. I agree with the appellants that this view is supported by the evidence that there is considerable variety between the hospital by-laws dealing with retirement that have obtained ministerial approval in British Columbia. This evidence suggests that retirement policy is left to the judgment of those entrusted with the responsibility of managing individual hospitals.

It is particularly difficult to see how the need for ministerial approval can be said to lead to the conclusion that the administration of Regulation 5.04 must be regarded as an action of the executive branch of government. There is absolutely no evidence that the policy of the Board to only renew

Je ne crois pas que l'on puisse décider aussi facilement la question de l'applicabilité de la *Charte* aux faits de l'espèce. À mon avis, le fait que le règlement 5.04 ne soit entré en vigueur que lorsqu'il a été approuvé par le ministre de la Santé ne modifie pas sa nature de règlement de gestion interne de l'hôpital et de son personnel, qui a été conçu, rédigé et adopté par les autorités responsables de la gestion quotidienne des affaires internes de l'hôpital selon la *Vancouver General Hospital Act*. La preuve n'indique pas que le règlement 5.04 a été adopté à la demande du ministre de la Santé ni qu'il constitue d'une façon quelconque une politique ministérielle concernant le renouvellement des privilèges d'admission. La preuve indique plutôt que le règlement 5.04 est le produit d'un examen interne entrepris par l'hôpital à la demande de son conseil d'administration en 1979 concernant la retraite du personnel médical. Sans traiter pour l'instant de la question de savoir si le conseil d'administration devrait lui-même être considéré comme un élément du gouvernement parce que la vaste majorité de ses membres sont nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil, on peut dire, dans ces circonstances, que le règlement 5.04 témoigne que l'hôpital jouit d'une large marge d'autonomie dans sa gestion interne. En d'autres termes, il n'y a aucune raison d'accorder une importance plus considérable au fait que le règlement 5.04 est entré en vigueur après approbation du ministre de la Santé qu'au fait qu'il résulte d'un examen des politiques internes de l'hôpital entrepris indépendamment du ministère ou de l'ensemble de la politique gouvernementale. Je suis d'accord avec les appelants que cette opinion est étayée par la preuve que les règlements portant sur la retraite qui ont reçu l'approbation ministérielle en Colombie-Britannique varient considérablement d'un hôpital à l'autre. Ce qui laisse entendre que la politique de la retraite est laissée à l'appréciation des responsables de la gestion de chaque hôpital.

Il est particulièrement difficile de voir comment la nécessité de l'approbation ministérielle peut entraîner la conclusion qu'il faille considérer l'application du règlement 5.04 comme une action du pouvoir exécutif du gouvernement. Il n'y a absolument aucune preuve que la politique du conseil

the admitting privileges of those who came within Regulation 5.04 if they “had something unique to offer the hospital” even came to the attention of the Minister or his staff. The only sense in which the adoption and application of that policy could be said to be the action of the Minister is that it was not precluded by the wording of the by-law approved by the Minister, assuming for the moment that such approval could by itself have made Regulation 5.04 a governmental act. On that reasoning, however, the organs of government would be responsible, and the *Charter* would apply, to all actions which in any way turned on the interpretation of the Regulation.

I do not think the respondents’ argument in this respect is assisted by *Blaikie No. 2, supra*. The question in that case was as to the scope of s. 133 of the *Constitution Act, 1867*. This Court held that s. 133 applied not only to statutes enacted by the Legislature of the Province of Quebec, but also to the regulations and orders of statutory bodies, provided there was some connection between those regulations or orders, apart from the delegation of the power to enact them, and the Quebec Legislature to which s. 133 is by its terms limited. Citing the principle that “in our constitutional system the enactments of the Government should be assimilated with the enactments of the Legislature”, the Court concluded, at p. 329, that subsidiary regulations and orders fell within s. 133 whenever “these other regulations are made subject to the approval of the Government”. It stated, at p. 329:

The particular form of words used in this respect by various statutes matters little. Whether it be provided that some regulations “shall have no force and effect until approved and sanctioned by the Lieutenant-Governor in Council” or “shall not be carried into execution until approved by the Lieutenant-Governor in Council” or “shall not have force and effect until confirmed by the Lieutenant-Governor in Council”, they can be assimilated with the enactments of the Government and therefore of the Legislature as long as positive action of the Government is required to breathe life into them.

d’administration de ne renouveler les privilèges d’admission des médecins visés par le règlement 5.04 que s’ils [TRADUCTION] «avaient quelque chose d’unique à offrir à l’hôpital» a même été portée à l’attention du ministre ou de son personnel. La seule façon de dire que l’adoption et l’application de cette politique résultent de l’action du ministre est qu’elles n’étaient pas interdites par le texte du règlement approuvé par le ministre, en supposant pour l’instant que cette approbation pouvait en soi avoir fait du règlement 5.04 une action gouvernementale. Cependant, d’après ce raisonnement, les organes du gouvernement seraient responsables de toutes les actions qui porteraient d’une façon quelconque sur l’interprétation du règlement et la *Charte* s’appliquerait à toutes ces actions.

Je ne crois pas que l’arrêt *Blaikie no. 2*, précité, puisse être d’aucun secours à la position des intimés à cet égard. La question dans cet arrêt concernait la portée de l’art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Notre Cour a conclu que l’art. 133 s’appliquait non seulement aux lois adoptées par la législature de la province de Québec, mais également aux règlements et aux ordonnances des organismes statutaires, pourvu qu’il y ait un certain lien entre d’une part, ces règlements ou ordonnances, mis à part le pouvoir délégué de les adopter, et d’autre part, la législature du Québec à laquelle l’art. 133 est restreint selon ses termes. Citant le principe que «dans notre régime constitutionnel, les mesures édictées par le gouvernement doivent être assimilées aux mesures adoptées par la Législature», la Cour a conclu, à la p. 329, que les règlements et ordonnances subsidiaires relevaient de l’art. 133 chaque fois que «ces autres règlements sont soumis à l’approbation du gouvernement». Elle a affirmé, à la p. 329:

Le texte particulier des différentes lois importe peu à cet égard. Que la loi dispose que certains règlements «n’entreront en vigueur que lorsqu’ils auront été approuvés et sanctionnés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «ne seront pas mis à exécution avant d’avoir été approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «n’auront aucun effet avant d’avoir été confirmés par le lieutenant-gouverneur en conseil», ils peuvent être assimilés à des mesures du gouvernement et, par conséquent, de la Législature tant qu’une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie.

Without such approval or confirmation, they are a nullity . . . or at least inoperative.

Relying on this statement, the respondents argue that the fact that the by-laws of the Vancouver General only come into force on receiving the approval of the Minister of Health should bring them within the compass of s. 32(1) of the *Charter* in the same way that the need for executive approval brings the regulations and orders of subsidiary bodies of the Government of Quebec within the compass of s. 133. It must be remembered however, that whereas s. 133 relates to the scope of a specific, albeit important, interest or right, s. 32(1) relates to the scope of a comprehensive bill of rights encompassing many different types of rights and freedoms and, thus, many different aspects of government activity. I do not think that what the Court has said with regard to the scope of the former is neatly transferable to the task of delimiting the scope of the latter. It should also be noted that the following statement appears in the introduction to this Court's decision in *Blaikie No. 2*, at p. 319:

It must be emphasized that regulations or orders in issue in the case at bar are regulations or orders which constitute delegated legislation properly so called and not rules or directives of internal management.

Pursuant to what I have said above, I would think it clear that Regulation 5.04, concerned as it is with the retirement of medical staff, is not delegated legislation, but is quintessentially a "rule or directive of internal management". It follows that it is not the type of regulation the Court had in mind when setting out the boundaries of s. 133. The requirement of approval by the government is nothing more than a mechanism to ensure that the hospital's actions do not run counter to the powers conferred on the government by the legislature to prescribe standards in respect of hospital administration. It is a mere supervisory power to that end. It does not displace the ongoing responsibility of its Board to manage the affairs of the hospital for the benefit of the community.

Sans cette approbation ou confirmation, ils sont nuls [. . .] ou à tout le moins inopérants.

S'appuyant sur cette affirmation, les intimés soutiennent que le fait que les règlements du Vancouver General n'entrent en vigueur qu'après avoir reçu l'approbation du ministre de la Santé devrait les faire relever du par. 32(1) de la *Charte* de la même façon que la nécessité de l'approbation du pouvoir exécutif fait relever de l'art. 133 les règlements et ordonnances des organismes subsidiaires du gouvernement du Québec. Il convient cependant de rappeler que, alors que l'art. 133 concerne la portée d'un intérêt ou d'un droit précis, bien qu'important, le par. 32(1) concerne la portée d'une déclaration des droits générale englobant plusieurs types de droits et de libertés différents et donc plusieurs aspects de l'activité du gouvernement. Je ne crois pas que ce que la Cour a affirmé en ce qui concerne la portée de l'art. 133 se transpose facilement pour délimiter la portée du par. 32(1). Il convient également de souligner que l'affirmation suivante se retrouve dans l'introduction des motifs de notre Cour dans l'arrêt *Blaikie no. 2*, à la p. 319:

Il importe de souligner qu'il s'agit dans la présente affaire de règlements qui constituent de la législation déléguée proprement dite et non pas des règles ou directives de régie interne.

Conformément à ce que j'ai déjà dit, je pense qu'il est clair que le règlement 5.04, traitant comme il le fait de la retraite du personnel médical, n'est pas une disposition législative déléguée, mais fait partie essentiellement des «règles ou directives de régie interne». Il s'ensuit qu'il ne s'agit pas du type de règlements dont se préoccupait la Cour lorsqu'elle établissait les paramètres de l'art. 133. L'obligation d'obtenir l'approbation du gouvernement n'est rien de plus qu'un mécanisme pour veiller à ce que les actions de l'hôpital ne soient pas contraires aux pouvoirs conférés au gouvernement par la législature de prévoir des normes en matière d'administration hospitalière. Il ne s'agit que d'un simple pouvoir de contrôle destiné à cette fin. Il ne modifie pas la responsabilité permanente du conseil d'administration de gérer les affaires de l'hôpital à l'avantage de la collectivité.

In light of the foregoing, I would conclude that neither Regulation 5.04 or its administration can properly be said to be acts of the executive branch of government. I take it to be self-evident that they cannot be regarded as acts of the legislative branch of government, as there does not appear to be any provision in either of the statutes under which the Vancouver General operates that requires it to adopt a special policy respecting the renewal of admitting privileges of doctors who have reached the age of 65. There is certainly nothing in the relevant statute law that requires the adoption of the particular policy which the hospital has in fact adopted. The question therefore becomes whether the Vancouver General is part of what McIntyre J. designated the "administrative branch" of government.

This question cannot be answered by simply pointing out that the provision of health care and hospital services is an important part of the legislative mandate of provincial governments, and that the Vancouver General was incorporated for the express purpose of providing such care and services. If that was by itself sufficient to bring the hospital and all other bodies and individuals concerned with the provision of health care or hospital services within the reach of the *Charter*, a wide range of institutions and organizations commonly regarded as part of the private sector, from airlines, railways, and banks, to trade unions, symphonies and other cultural organizations, would also come under the *Charter*. For each of these entities, along with many others, are concerned with the provision of a service which is an important part of the legislative mandate of one or the other level of government.

In short, as in *McKinney*, we must look beyond the fact that the Vancouver General is an incorporated body which performs an important public service. In this regard the respondents adopt the findings of the Court of Appeal as to the degree and significance of government involvement in the operation of the Vancouver General. In concluding that the hospital was controlled by the Government of British Columbia and therefore subject to

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de conclure que ni le règlement 5.04 ni son application ne peuvent être véritablement considérés comme des actes du pouvoir exécutif du gouvernement. J'estime qu'il est évident qu'ils ne peuvent être considérés comme des actes du pouvoir législatif du gouvernement puisqu'il ne semble pas y avoir de disposition dans l'une ou l'autre des lois régissant l'exploitation du Vancouver General qui l'oblige à adopter une politique particulière concernant le renouvellement des privilèges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans. Il n'y a certainement rien dans la législation applicable qui exige l'adoption de la politique particulière que l'hôpital a de fait adoptée. La question est donc de savoir si le Vancouver General fait partie de ce que le juge McIntyre a appelé la «branche administrative» du gouvernement.

On ne peut simplement y répondre en soulignant que la prestation des soins de santé et des services hospitaliers constitue une partie importante du mandat législatif des gouvernements provinciaux, et que le Vancouver General a été constitué en personne morale dans le but précis de fournir ces soins et ces services. Si cela suffisait en soi pour rendre la *Charte* applicable à l'hôpital et aux autres organismes et individus visés par les soins de santé ou les services hospitaliers, un vaste éventail d'institutions et d'organismes considérés habituellement comme faisant partie du secteur privé, allant des compagnies aériennes, des chemins de fer et des banques aux syndicats, aux orchestres et aux autres organismes culturels, relèverait également de la *Charte*. En effet, chacune de ces entités, ainsi que plusieurs autres, ont pour but de fournir un service qui constitue un élément important du mandat législatif de l'un ou l'autre palier de gouvernement.

En résumé, comme dans l'arrêt *McKinney*, nous ne devons pas nous arrêter uniquement au fait que le Vancouver General est un organisme constitué en personne morale qui offre un important service public. À cet égard, les intimés adoptent les conclusions de la Cour d'appel quant à la mesure et l'importance de la participation du gouvernement dans l'exploitation du Vancouver General. En concluant que l'hôpital était contrôlé par le gouverne-

the *Charter*, the Court of Appeal summarized, at pp. 168-69, what it took to be the relevant provisions of the *Hospital Act* in the following terms:

Section 2(1) requires the hospital to make room for government representation on its management board in whatever manner the government thinks necessary; to have a board and by-laws thought necessary by the minister and any constitution, by-laws or rules are ineffective without ministerial approval; and to comply with the conditions prescribed by the Lieutenant Governor in Council—a provision which leaves it open for the Lieutenant Governor to set virtually any requirement deemed appropriate.

Section 2(3) gives government an unassailable right to appoint persons to the hospital management board. Section 32 states that the minister may require that by-laws be revised to his satisfaction and s. 36(1) permits the Lieutenant Governor to make any additional regulations he thinks necessary—regulations which under s. 36(3) may include virtually all aspects of running the hospital. Section 41(1) provides for additional ministerial control where hospitals receive money for building, and s. 44(4) and (6) allows the government to appoint a public administrator to manage the hospital and displace the board. That administrator can be given total control of the hospital (s. 44(5)), governed by conditions set by the Lieutenant Governor in Council.

The effective control of the hospital by the government is affirmed by the *Vancouver General Hospital Act*, which states that by-laws passed by the hospital's board come into force only when approved by the minister: s. 6.

While I accept this summary as substantially accurate, I respectfully disagree with the view of the Court of Appeal that it reveals governmental control of a character and quality that would justify application of the *Charter*. I have already given my opinion as to the limited significance of the requirement that the hospital's by-laws be approved by the Minister of Health. I also think that it is not very significant that the *Hospital Act* provides for ministerial control in respect of the use which the hospital makes of any grant received from the Province toward, in the words of s. 41(1), "the planning, constructing, reconstructing, purchasing and equipping of a hospital ... or the

ment de la Colombie-Britannique et donc assujetti à la *Charte*, la Cour d'appel a résumé comme suit, aux pp. 168 et 169, ce qu'elle estimait être les dispositions pertinentes de la *Hospital Act*:

^a [TRADUCTION] Le paragraphe 2(1) oblige l'hôpital à prévoir la représentation du gouvernement au conseil de gestion, de la manière que le gouvernement estime nécessaire; à avoir un conseil et des règlements que le ministre juge nécessaires, tout acte constitutif, règlement ou règle étant inopérants sans l'approbation du ministre; et à se conformer aux conditions établies par le lieutenant-gouverneur en conseil—une disposition qui permet au lieutenant-gouverneur d'imposer pratiquement toute exigence qu'il estime appropriée.

^c Le paragraphe 2(3) accorde au gouvernement un droit absolu de nommer les personnes au conseil de gestion de l'hôpital. L'article 32 prévoit que le ministre peut exiger que les règlements soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante et le par. 36(1) permet au lieutenant-gouverneur d'adopter tout autre règlement qu'il estime nécessaire—des règlements qui peuvent viser pratiquement tous les aspects de l'exploitation d'un hôpital en vertu du par. 36(3). Le paragraphe 41(1) prévoit un contrôle ministériel supplémentaire lorsque les hôpitaux reçoivent des subsides à des fins de construction et les par. 44(4) et (6) permettent au gouvernement de nommer un administrateur public pour gérer l'hôpital et remplacer le conseil. Cet administrateur peut se voir accorder le contrôle entier de l'hôpital (par. 44(5)), sous réserve des conditions établies par le lieutenant-gouverneur en conseil.

^g Le contrôle réel de l'hôpital par le gouvernement est confirmé par l'art. 6 du *Vancouver General Hospital Act* qui prévoit que les règlements adoptés par le conseil de l'hôpital n'entrent en vigueur que sur approbation du ministre.

^h Bien que ce résumé m'apparaisse essentiellement exact, avec égards, je ne puis partager l'opinion de la Cour d'appel qu'il implique l'existence d'un contrôle gouvernemental d'une nature et d'une qualité qui justifieraient l'application de la *Charte*. J'ai déjà exprimé mon opinion quant à l'importance relative de la nécessité de l'approbation du règlement de l'hôpital par le ministre de la Santé. J'estime également peu important que la *Hospital Act* prévoit un contrôle ministériel quant à l'emploi par l'hôpital des subventions reçues de la province et affectées, selon les termes du par. 41(1), [TRADUCTION] «à la planification, la construction, la reconstruction, l'achat et l'équipement

acquiring of land or buildings for hospital purposes". The fact that the Vancouver General is not autonomous when it comes to the use of money given to it by the government for specific capital investments says little regarding the degree of autonomy it enjoys overall. If anything, it suggests that direct government involvement in hospital decision-making is the exception rather than the rule.

This point can be made with even greater force with respect to s. 36(1), which permits the Lieutenant Governor in Council to make such additional regulations as he thinks necessary, and s. 44, which provides for the appointment of a public administrator and the displacement of the Board. When it is considered that the power of the Minister under s. 36(1) is to make "any regulations deemed necessary for the carrying out of the provisions of this Act to meet any contingency not expressly provided for in it" (emphasis added), it becomes clear that both provisions have nothing to do with the day-to-day operation of the hospitals to which they apply. Instead, they make allowance for those exceptional circumstances where a high degree of direct government involvement in the management of a hospital is deemed to have become necessary. Again, the fact that the Act makes special allowance for ministerial intervention in these situations indicates that it assumes that the management of a hospital would ordinarily be a matter for the judgment of its own Board of Trustees.

In sum, it is crucial in assessing the statutory framework summarized by the Court of Appeal to bear in mind the difference between ultimate or extraordinary, and routine or regular control. While it is indisputable that the fate of the Vancouver General is ultimately in the hands of the Government of British Columbia, I do not think it can be said that the *Hospital Act* makes the daily or routine aspects of the hospital's operation, such as the adoption of policy with respect to the renewal of the admitting privileges of medical staff, subject to government control. On the contrary, it

d'un hôpital [...] ou à l'acquisition de bien-fonds ou d'édifices pour les hôpitaux». Le fait que le Vancouver General ne soit pas autonome lorsqu'il est question de l'utilisation des sommes qui lui sont remises par le gouvernement à des fins d'investissements en capital déterminés ne révèle rien du degré d'autonomie dont l'hôpital bénéficie dans l'ensemble. Cela indique plutôt que la participation directe du gouvernement dans le processus décisionnel de l'hôpital est l'exception plutôt que la règle.

Cet argument peut même s'appliquer plus vigoureusement en ce qui concerne le par. 36(1), qui permet au lieutenant-gouverneur en conseil d'adopter les autres règlements qu'il estime nécessaires, et l'art. 44, qui prévoit la nomination d'un administrateur public et le remplacement du conseil d'administration. Lorsque l'on comprend que le pouvoir du ministre en vertu du par. 36(1) est d'adopter [TRADUCTION] «tout autre règlement qu'il estime nécessaire aux fins de l'application des dispositions de cette Loi pour répondre aux situations d'urgence que celle-ci ne prévoit pas explicitement» (je souligne), il devient clair que les deux dispositions n'ont rien à voir avec l'exploitation quotidienne des hôpitaux auxquels elles s'appliquent. Elles prévoient plutôt les circonstances exceptionnelles où l'on estime nécessaire la participation directe et importante du gouvernement dans la gestion d'un hôpital. Encore une fois, le fait que la loi prévoit spécialement l'intervention du ministre dans ces situations indique qu'elle suppose que la gestion d'un hôpital est une question qui relève habituellement du jugement de son conseil d'administration.

En résumé, il est capital dans l'évaluation du cadre législatif résumé par la Cour d'appel d'avoir présent à l'esprit la différence entre le contrôle absolu ou extraordinaire et le contrôle routinier ou régulier. Bien qu'on ne puisse contester que l'existence du Vancouver General relève en dernier ressort du gouvernement de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que la *Hospital Act* assujettit les aspects quotidiens ou routiniers du fonctionnement de l'hôpital, comme l'adoption d'une politique en matière de renouvellement des privilèges d'admission accordés au per-

implies that the responsibility for such matters will, barring some extraordinary development, rest with the Vancouver General's Board of Trustees. It could in fact be said to contain an explicit recognition to this effect, in that it defines "board of management" as "the directors, managers, trustees or other body of persons having the control and management of a hospital" (s. 1). To similar effect is s. 5 of the *Vancouver General Hospital Act*, which provides that the "property and affairs of the corporation shall be managed by a Board of Trustees". These two provisions would be meaningless unless the *Hospital Act* is interpreted in accordance with the distinction between ultimate or extraordinary, and routine or regular control which I have described above.

To this, it may be objected that the Board of Trustees is itself an extension of the Minister of Health and an instrument of government policy. Such an objection could draw support from s. 2(1) of the *Hospital Act*, which imposes a duty on all hospitals to have the "bylaws or rules thought necessary by the minister for the administration and management of the hospital's affairs and the provision of a high standard of care and treatment for patients". It could also draw support from s. 32, which empowers the Minister to "require that the bylaws or rules of a hospital . . . be revised in a manner satisfactory to him in order to meet changing conditions and policies, and to provide for greater uniformity and efficiency in all matters concerning the administration and operation of hospitals". Finally, it could be said that the subservient status of the Board of Trustees is plainly indicated by s. 2(3), which gives the government what the Court of Appeal called an "unassailable right to appoint persons to the hospital management board". As the respondents point out, the government appoints 14 of the 16 members of the Vancouver General's Board of Trustees.

sonnel médical, au contrôle du gouvernement. Au contraire, cela signifie que la responsabilité en ces matières, sous réserve d'une situation extraordinaire, relève du conseil d'administration du Vancouver General. On pourrait d'ailleurs affirmer qu'elle le reconnaît expressément, en ce qu'elle définit le terme [TRADUCTION] «conseil d'administration» comme [TRADUCTION] «des directeurs, gestionnaires, fiduciaires ou autre groupe de personnes ayant le contrôle et la gestion d'un hôpital» (art. 1). L'article 5 de la *Vancouver General Hospital Act* va dans le même sens puisqu'il prévoit que [TRADUCTION] «les biens et les affaires de la société sont gérés par un conseil d'administration». Ces deux dispositions seraient inutiles à moins que la *Hospital Act* ne soit interprétée conformément à la distinction entre les contrôles ultimes ou extraordinaires et les contrôles routiniers ou réguliers que j'ai déjà décrits.

À cet argument, on peut opposer que le conseil d'administration est en soi une extension du ministre de la Santé et un instrument de la politique du gouvernement. Cette objection pourrait s'appuyer sur le par. 2(1) de la *Hospital Act*, qui impose à tous les hôpitaux l'obligation d'avoir [TRADUCTION] «des règlements ou des règles que le ministre estime nécessaires à l'administration et à la gestion des affaires de l'hôpital ainsi qu'à la prestation de soins et de traitements de première qualité». Elle pourrait également s'appuyer sur l'art. 32 qui confère au ministre le pouvoir [TRADUCTION] «d'exiger que les règlements ou règles d'un hôpital [. . .] soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante en vue de répondre à des conditions et des politiques en évolution et d'apporter plus d'uniformité et d'efficacité dans les domaines relevant de l'administration et de l'exploitation des hôpitaux». Enfin, on pourrait dire que le rôle subordonné du conseil d'administration ressort clairement du par. 2(3), lequel accorde au gouvernement ce que la Cour d'appel qualifie de «droit absolu de nommer les personnes au conseil de gestion de l'hôpital». Comme les intimés le soulignent, le gouvernement nomme 14 des 16 membres du conseil d'administration du Vancouver General.

To this argument I would make the following rejoinders. First, I do not think the fact that the Board of Trustees can be required to adopt by-laws that are thought necessary by the Minister of Health can undermine its responsibility for by-laws or rules, such as Regulation 5.04, which it adopts on its own initiative and pursuant to its own sense of what is in the best interests of the Vancouver General. The same can be said with respect to the Minister's power to order a revision of a hospital's by-laws, at least until such revision has actually been ordered.

As to the Lieutenant Governor's power to appoint members of the Board, while it is true, as noted, that the hospital's by-laws provide for the appointment of fourteen members of the Board of Trustees by the Lieutenant Governor in Council, it then specifies that two are to be appointed from each of the lists of nominees submitted by the President of The University of British Columbia, the British Columbia Health Association and the Board of the Vancouver General itself. One is to be appointed from nominees submitted by the British Columbia Institute of Technology, while seven members are to be appointed "from the Community at large". What this shows, I think, is that the Lieutenant Governor's power of appointment is far less discretionary than the respondents contend. It also shows, especially when it is remembered that the two remaining members of the Board are the hospital's President and the Chairman of the hospital's Medical Advisory Committee, that no member of the Board sits as the representative of the Minister of Health or the government generally. Instead, each sits as a representative of one of the groups or organizations that have a direct interest in the Vancouver General and the service it provides. It is not going too far to say that the Lieutenant Governor's power of appointment is, in light of Article 2, simply a mechanism to ensure the balanced representation of these groups and organizations on the hospital's principal decision-making body. It is not a means for the exercise of regular government control over the day-to-day operations of the hospital. This

Je statuerais sur cet argument de la façon suivante. Premièrement, je ne crois pas qu'obliger le conseil d'administration à adopter des règlements que le ministre de la Santé estime nécessaires modifie sa responsabilité à l'égard des règlements ou des règles, comme le règlement 5.04, qu'il adopte de sa propre initiative et conformément à ce qu'il estime être les meilleurs intérêts du Vancouver General. On peut dire la même chose du pouvoir du ministre d'ordonner l'examen des règlements de l'hôpital, à tout le moins jusqu'à ce que cet examen soit effectivement ordonné.

Quant au pouvoir du lieutenant-gouverneur de nommer les membres du conseil d'administration, bien qu'il soit vrai, comme je l'ai déjà noté, que le règlement de l'hôpital prévoit la nomination de 14 membres du conseil d'administration par le lieutenant-gouverneur en conseil, il précise ensuite que deux membres doivent être nommés à partir de chacune des listes de candidats présentées respectivement par le président de l'Université de la Colombie-Britannique, la British Columbia Health Association et le conseil d'administration du Vancouver General lui-même. L'un des membres doit être nommé à partir des candidats présentés par le British Columbia Institute of Technology, alors que sept membres doivent provenir «de la collectivité en général». Je pense que cela signifie que le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur est bien loin d'être aussi discrétionnaire que les intimés le prétendent. Cela indique également, surtout lorsqu'on se rappelle que les deux autres membres du conseil d'administration sont le président de l'hôpital et le président du conseil consultatif médical de l'hôpital, qu'aucun membre du conseil d'administration ne représente le ministre de la Santé ou le gouvernement en général. Chacun représente plutôt l'un des groupes ou des organismes qui ont un intérêt direct dans le Vancouver General et les services qu'il offre. Il n'est pas exagéré de dire que le pouvoir de nomination du lieutenant-gouverneur est simplement, compte tenu de l'art. 2, un mécanisme visant à assurer une représentation équilibrée de ces groupes et organismes au sein du principal organisme décisionnel de l'hôpital. Il ne s'agit pas d'un moyen permettant au gouvernement de contrôler régulièrement les activités quotidiennes de l'hôpital. Cette conclu-

conclusion is supported by the fact that under s. 2 of Article 2, appointments to the Board are for fixed terms.

On the basis of the foregoing, I would conclude that the appellant hospital does not form part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It follows that its actions in adopting and administering Regulation 5.04 do not fall within the ambit of the *Charter*. I would add that there can be no question of the Vancouver General's being held subject to the *Charter* on the ground that it performs a governmental function, for it follows from what I have said above that the provision of a public service, even if it is one as important as health care, is not the kind of function which qualifies as a governmental function under s. 32. The case differs in this respect from the cases of *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (Ont. H.C.), and *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (Ont. Div. Ct.), assuming those cases to have been correctly decided. I would also add that this is not a case for the application of the *Charter* to a specific act of an entity which is not generally bound by the *Charter*. The only specific connection between the actions of the Vancouver General in adopting and applying Regulation 5.04 and the actions of the Government of British Columbia was the requirement that Regulation 5.04 receive ministerial approval. In light of what I have said above in regard to this requirement, a "more direct and a more precisely-defined connection", to borrow McIntyre J.'s phrase used in *Dolphin Delivery*, would have to be shown before I would conclude that the *Charter* applied on this ground.

These conclusions are sufficient to dispose of this appeal in favour of the appellant hospital. However, as in *McKinney*, I shall also deal with the case on the assumption that the Vancouver General is a part of government and discuss the issue of whether Regulation 5.04 and the actions taken in its application violate s. 15 of the *Charter*.

sion s'appuie sur le fait qu'en vertu de l'al. 2 de l'art. 2, les nominations au conseil d'administration sont pour des mandats déterminés.

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que l'hôpital appelant ne fait pas partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il s'ensuit que son adoption et son application du règlement 5.04 ne relèvent pas de la portée de la *Charte*. J'ajouterais qu'il ne peut être question que le Vancouver General soit assujéti à la *Charte* parce qu'il exerce une fonction gouvernementale, car il découle de ce que j'ai déjà dit que la prestation d'un service public, même s'il s'agit d'un service aussi important que les soins de santé, ne relève pas du genre de fonction que l'on peut qualifier de fonction gouvernementale en vertu de l'art. 32. À cet égard, cette affaire diffère des situations visées dans les décisions *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 147 D.L.R. (3d) 193 (H.C. Ont.), et *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 16 D.L.R. (4th) 489 (C. Div. Ont.), à supposer qu'elles soient bien fondées. J'ajouterais également qu'il ne s'agit pas d'une affaire où la *Charte* s'applique à une action précise d'un organisme qui n'est pas généralement lié par la *Charte*. Le seul lien précis entre les actions du Vancouver General relativement à l'adoption et à l'application du règlement 5.04 et les actions du gouvernement de la Colombie-Britannique était l'exigence selon laquelle le règlement 5.04 devait recevoir l'approbation du ministre. Compte tenu de ce que j'ai déjà dit au sujet de cette obligation, «un lien plus direct et mieux défini», pour reprendre les propos du juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, devrait être démontré pour m'inciter à conclure que la *Charte* s'applique à cet égard.

h

Ces conclusions suffisent pour disposer du pourvoi en faveur de l'hôpital appelant. Cependant, comme dans l'arrêt *McKinney*, je vais également examiner l'affaire en supposant que le Vancouver General fait partie du gouvernement et analyser la question de savoir si le règlement 5.04 et les mesures prises pour l'appliquer violent l'art. 15 de la *Charte*.

Section 15 of the Charter

On the assumption that the Vancouver General is part of government within the meaning of s. 32, I now propose to deal with the question whether its policy of not renewing the admitting privileges of doctors who have reached the age of 65 unless they have "something unique to offer the hospital" violates s. 15 of the *Charter*.

In the first instance, the answer to this question depends on whether the alleged inequality is one made by "law". I think it obvious that Regulation 5.04, if made by government, would qualify as a law, and that it is unnecessary to explain its characterization as such at any great length. This is in this respect a much clearer case than *McKinney*, as there is no question in this case of the challenged conduct's being the outcome of negotiations with the representatives of those who claim a violation of their s. 15 rights. It is also clear that the "law" in question comprehends not just Regulation 5.04 alone, but the policy which is followed in its application to those who come within its terms as well. It would be incongruous if our entitlement to equality "before and under the law" and to the "equal protection and equal benefit of the law" did not reach the manner in which a law was interpreted and enforced by those charged with its operation. It will often be this process of interpretation and enforcement that determines the impact that a law has on the lives of those who come within its scope. These views accord with this Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, as well as with the remarks of Linden J. in *Re McCutcheon and City of Toronto*, *supra*, at p. 202. They also accord with the jurisprudence of the Supreme Court of the United States, in which it is clear that constitutional protection against discriminatory state action is not limited to the legislative context; see *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

Having determined that Regulation 5.04 and the policy that the Board of Trustees adopted as a guide to its application come within the sphere of constitutional protection afforded by s. 15, the

L'article 15 de la Charte

En supposant que le Vancouver General fait partie du gouvernement au sens de l'art. 32, je vais maintenant examiner la question de savoir si sa politique de ne pas renouveler les privilèges d'admission des médecins qui ont atteint 65 ans à moins qu'ils n'aient «quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital» viole l'art. 15 de la *Charte*.

Tout d'abord, pour répondre à cette question, il faut déterminer si l'inégalité reprochée découle d'une «loi». Je pense qu'il est évident que si le règlement 5.04 avait été adopté par le gouvernement, il serait considéré comme une loi, et il n'est pas nécessaire d'expliquer cette qualification en détail. À cet égard, il s'agit d'une affaire beaucoup plus claire que l'affaire *McKinney*, car en l'espèce la conduite contestée n'est pas le résultat de négociations avec les représentants de ceux qui prétendent que les droits que leur reconnaît l'art. 15 sont violés. Il est aussi clair que la «loi» en question ne comprend pas seulement le règlement 5.04 mais aussi la politique suivie en l'appliquant à ceux qui y sont assujettis. Il serait absurde que notre droit à l'égalité «devant la loi» et à «la même protection et au même bénéfice de la loi» ne comprenne pas la manière dont une loi est interprétée et appliquée par les responsables de son application. C'est souvent ce processus d'interprétation et d'application qui détermine les répercussions d'une loi sur la vie de ceux qu'elle vise. Ces opinions sont conformes à la décision de notre Cour dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, ainsi qu'aux remarques du juge Linden dans la décision *Re McCutcheon and City of Toronto*, précité, à la p. 202. Elles sont également conformes à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, qui reconnaît clairement que la protection constitutionnelle contre l'action discriminatoire de l'État ne se restreint pas au contexte législatif; voir les arrêts *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957).

Ayant conclu que le règlement 5.04 et la politique adoptée par le conseil d'administration comme guide pour son application relèvent de la protection constitutionnelle conférée par l'art. 15, la

question becomes whether they are discriminatory in light of this Court's decision in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. As in the case of the university policies of mandatory retirement considered in *McKinney*, I think it would be difficult to argue that they are not. They make a distinction based on age, one of the personal characteristics enumerated in s. 15(1). It is a distinction which is clearly discriminatory within the test set out by this Court in *Andrews*. In this regard, the following statement, taken from the reasons of McIntyre J., at pp. 174-75, is representative of the Court's reasoning:

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society. Distinctions based on personal characteristics attributed to an individual solely on the basis of association with a group will rarely escape the charge of discrimination, while those based on an individual's merits and capacities will rarely be so classed.

There is no doubt that Regulation 5.04 and the associated policy of the Vancouver General's Board of Trustees impose a burden on doctors who practise at the hospital and who have turned 65 which is not imposed on their colleagues of a younger age. The evidence shows that for most of the respondents, the hospital's refusal to renew their admitting privileges will mean that they will have to drastically curtail their practices. For some, it will mean the end of their practices. In short, Regulation 5.04 as applied by the Board of Trustees will mean that the respondents are being forced either into partial or full retirement. The loss this can entail for a person's physical and psychological well-being is serious. In *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, employment was described in the following terms, at p. 368:

question est de savoir s'ils sont discriminatoires compte tenu de la décision de notre Cour dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Comme c'est le cas pour les politiques de retraite obligatoire des universités qui ont été examinées dans l'arrêt *McKinney*, je pense qu'il serait très difficile de prétendre qu'ils ne le sont pas. Ils établissent une distinction fondée sur l'âge, l'une des caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1). Il s'agit d'une distinction clairement discriminatoire au sens du critère formulé par notre Cour dans l'arrêt *Andrews*. À cet égard, l'affirmation suivante, tirée des motifs du juge McIntyre, aux pp. 174 et 175, illustre le raisonnement de la Cour:

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement.

Il n'y a pas de doute que le règlement 5.04 et la politique du conseil d'administration du Vancouver General qui en découle imposent aux médecins qui pratiquent à l'hôpital et qui ont atteint 65 ans un fardeau qui n'est pas imposé à leurs collègues plus jeunes. La preuve indique que, pour la plupart des intimés, le refus de l'hôpital de renouveler leurs privilèges d'admission signifie qu'ils devront restreindre de manière draconienne l'exercice de leur profession. Pour certains, cela signifie la fin de leur pratique médicale. En résumé, le règlement 5.04, tel qu'il est appliqué par le conseil d'administration, impose aux intimés une retraite partielle ou complète. Les répercussions qu'entraîne cette politique sur le bien-être physique et psychologique d'un individu sont graves. Dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, on a décrit le travail de la façon suivante, à la p. 368:

Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being.

McDougal, Lasswell and Chen, *Human Rights and World Public Order* (1980), have described the "traumatic impact of the sudden loss of accustomed roles, precipitated by involuntary retirement" (p. 781). The effect of Regulation 5.04 and the associated policy of the Board of Trustees is to impose these deprivations on the basis of a personal characteristic attributed to individuals solely because of his association with a group, that is, those over 65. They are for that reason discriminatory within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

The argument of the appellants respecting this branch of the case was essentially that there was no discrimination because Regulation 5.04 and the policy decision under which it was implemented were reasonable having regard to the purposes they were designed to serve. In this regard, counsel drew our attention to the testimony of various expert witnesses who appeared at trial regarding the effect of age on a doctor's capabilities. He also drew attention to what he described as the "institutional concerns" of the Vancouver General, which he argued Regulation 5.04 addressed. These were: the need to control the size of the medical staff in order to foster the staff cohesiveness that was essential to the hospital's team approach to the provision of medical treatment, the role which a regular turnover in staff played in keeping the hospital at the leading edge of research and acute care technique, and the need to ensure that the hospital's limited resources were made available to those who could make most efficient and productive use of them. These various concerns, he maintained, were especially important in the case of the Vancouver General given its role and responsibilities as a research, teaching and acute care institution. Together with the evidence as to the effects of aging, he added, they showed that the actions of the hospital in adopting and applying Regulation

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel.

McDougal, Lasswell et Chen dans leur ouvrage, *Human Rights and World Public Order* (1980), ont décrit les [TRADUCTION] «répercussions traumatiques de la perte subite des rôles habituels, précipitées par une retraite forcée» (p. 781). L'effet du règlement 5.04 et de la politique du conseil d'administration qui en découle est d'imposer ces privations en fonction d'une caractéristique personnelle attribuée aux individus en raison seulement de leur appartenance à un groupe, c'est-à-dire, à celui des gens âgés de plus de 65 ans. Ils sont pour cette raison discriminatoires au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

L'argument des appelants concernant cet aspect de l'affaire est essentiellement qu'il n'y a pas de discrimination parce que le règlement 5.04 et la décision de politique en vertu de laquelle il a été appliqué sont raisonnables compte tenu des fins qu'ils visent. À cet égard, l'avocat des appelants a attiré notre attention sur le témoignage de divers témoins experts qui ont comparu à l'audience concernant l'effet de l'âge sur les aptitudes d'un médecin. Il a également attiré notre attention sur ce qu'il a décrit comme les [TRADUCTION] «préoccupations institutionnelles» du Vancouver General qu'il prétendait être visées par le règlement 5.04. Ces préoccupations sont: la nécessité de contrôler la taille du personnel médical pour favoriser sa cohésion, qui est essentielle à la pratique de l'hôpital de s'adresser à des équipes dans la prestation des traitements médicaux, le rôle qu'un changement régulier de personnel joue pour permettre à l'hôpital d'être à la fine pointe de la recherche et des techniques de soins de courte durée, et la nécessité de voir à ce que les ressources limitées de l'hôpital soient mises à la disposition de ceux qui peuvent en faire l'usage le plus efficace et le plus productif. Selon lui, ces diverses préoccupations sont particulièrement importantes dans le cas du Vancouver General compte tenu de son rôle et de ses responsabilités comme institution de recherche,

5.04 were entirely reasonable. From this it followed that the respondents had not been discriminated against.

The problem with this argument can be quickly stated; it confuses the question of whether discrimination has taken place with that of whether the discrimination is “demonstrably justified in a free and democratic society”. The evidence and “institutional concerns” referred to address the latter question and, as such, fall to be considered under s. 1 of the *Charter*. They do not go to the question of whether or not there has been a violation of s. 15(1). Accordingly, I now turn to s. 1.

Section 1 of the Charter

General

As noted in *McKinney*, this Court first set out a detailed approach for the application of s. 1 in *R. v. Oakes, supra*. The onus of justifying a limitation to a *Charter* right rests on the parties seeking to uphold the limitation. The starting point of the inquiry is an assessment of the objectives of the law to determine whether they are sufficiently important to warrant the limitation of a constitutional right. The challenged law is then subjected to a proportionality test in which the objective of the impugned law is balanced against the nature of the right it violates, the extent of the infringement and the degree to which the limitation furthers other rights or policies of importance in a free and democratic society.

As this Court recently pointed out in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, and as I reiterated in *McKinney*, this balancing task should not be approached in a mechanistic fashion. At pages 1489-90 of *Cotroni*, it was said that “While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a par-

de formation et de soins de courte durée. Il a ajouté que ces préoccupations, jointes à la preuve sur les effets du vieillissement, indiquent que les actions de l’hôpital dans l’adoption et l’application du règlement 5.04 sont tout à fait raisonnables. Il s’ensuit donc que les intimés n’ont pas été victimes de discrimination.

Le problème que soulève cet argument peut être rapidement formulé; il confond la question de savoir s’il y a eu discrimination avec celle de savoir si la discrimination peut se justifier «dans une société libre et démocratique». La preuve et les [TRADUCTION] «préoccupations institutionnelles» mentionnées portent sur cette dernière question et, comme telles, doivent être considérées en vertu de l’article premier de la *Charte*. Elles ne répondent pas à la question de savoir s’il y a eu violation du par. 15(1). Par conséquent, j’examine maintenant l’article premier.

L’article premier de la Charte

Généralités

Comme je l’ai souligné dans l’arrêt *McKinney*, c’est dans l’arrêt *R. c. Oakes*, précité, que notre Cour a présenté pour la première fois un mode détaillé d’application de l’article premier. L’obligation de justifier la limite apportée à un droit reconnu par la *Charte* incombe aux parties qui veulent la maintenir. Le point de départ de l’analyse consiste à évaluer les objectifs de la loi pour déterminer s’ils sont suffisamment importants pour justifier la limitation du droit garanti par la Constitution. La loi contestée est ensuite assujettie à un critère de proportionnalité où l’objectif de cette loi est soupesé en fonction de la nature du droit, de l’étendue de sa violation et de la mesure dans laquelle la limite apportée favorise d’autres droits ou politiques importants dans une société libre et démocratique.

Comme notre Cour l’a récemment affirmé dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, et comme je l’ai répété dans l’arrêt *McKinney*, cette tâche ne devrait pas être envisagée d’une manière mécaniste. Aux pages 1489 et 1490 de l’arrêt *Cotroni*, on a dit que «[b]ien qu’il faille accorder priorité dans l’équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes

ticular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature". Early in the development of the balancing test, Dickson C.J. underlined this point by stating: "Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards". See *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69. I elaborated on this in the specific context of s. 15(1) in the following passage from *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, at p. 198:

The degree to which a free and democratic society such as Canada should tolerate differentiation based on personal characteristics cannot be ascertained by an easy calculus. There will rarely, if ever, be a perfect congruence between means and ends, save where legislation has discriminatory purposes. The matter must, as earlier cases have held, involve a test of proportionality. In cases of this kind, the test must be approached in a flexible manner. The analysis should be functional, focussing on the character of the classification in question, the constitutional and societal importance of the interests adversely affected, the relative importance to the individuals affected of the benefit of which they are deprived, and the importance of the state interest.

As in *McKinney*, it is important in considering the issues raised by a case like the present to note that judicial evaluation of the state's interest will differ depending on whether the state is the "singular antagonist" of the person whose rights have been violated, as it usually will be where the violation occurs in the context of the criminal law, or whether it is instead defending legislation or other conduct concerned with "the reconciliation of claims of competing individuals or groups or the distribution of scarce government resources". See *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994. In the former situation, the courts will be able to determine whether the impugned law or other government conduct is the "least drastic means" for the achievement of the state interest with a considerable measure of certainty, given their familiarity with the values and operation of the criminal justice system and the

doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir». Au début de la formulation de ce critère d'évaluation, le juge en chef Dickson a souligné que «[t]ant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769. Dans le contexte particulier du par. 15(1), j'ai précisé ce point dans l'extrait suivant de l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, à la p. 198:

Il n'est pas facile de vérifier jusqu'à quel point une société libre et démocratique comme le Canada devrait tolérer la différenciation fondée sur des caractéristiques personnelles. Il y aura rarement, si jamais il peut y en avoir, de correspondance parfaite entre les moyens et les fins sauf si la loi a des objectifs discriminatoires. Comme il ressort de décisions antérieures, un critère de proportionnalité doit jouer. Dans des cas comme celui-ci, le critère doit être abordé d'une manière souple. L'analyse devrait être pratique et porter sur la nature de la classification en question, l'importance des intérêts lésés sur les plans de la Constitution et de la société, l'importance relative que revêt pour les individus touchés l'avantage dont ils sont privés et l'importance de l'intérêt de l'État.

Comme je l'ai souligné dans l'arrêt *McKinney*, il est important dans l'examen des questions soulevées par une affaire comme celle-ci de souligner que l'appréciation judiciaire de l'intérêt de l'État diffèrera selon que l'État est «l'adversaire singulier» de la personne dont les droits ont été violés, comme ce sera habituellement le cas lorsque la violation se produit dans le contexte du droit criminel, ou selon qu'il cherche plutôt à défendre une loi ou une autre conduite portant sur «la conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus ou la répartition de ressources gouvernementales limitées»: voir l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994. Dans le premier cas, les tribunaux pourront déterminer avec un certain degré de certitude si la loi contestée ou toute autre conduite gouvernementale fait appel aux «moyens les moins radicaux» pour atteindre l'objectif de l'État,

judicial system generally. As this Court has noted in *Irwin Toy*, however, the same degree of certainty may not be achievable in the latter situation.

I now turn to the objectives of the “law” at hand.

Objectives

Given that counsel for the appellants addressed his arguments as to the reasonableness of Regulation 5.04 and the policy under which it was applied to the question of whether there was discrimination within the meaning of s. 15 of the *Charter*, he did not specifically define their underlying objectives for the purposes of a s. 1 analysis. He did, however, enumerate the “institutional concerns” which he said the Board of Trustees hoped to address through the adoption of Regulation 5.04. These consisted of the need to limit the growth of the hospital’s staff to take account of budgetary and resource limitations under which the Vancouver General must operate, the desire to limit the size of staff so as to encourage and preserve a cohesive staff capable of taking a team approach to the practice of medicine, and the need to make some of the hospital’s staff positions and resources available to younger doctors recently trained in the latest approaches to medical practice.

It is this final “institutional concern” which points towards what I regard to be the fundamental objective of Regulation 5.04 and the policy that was adopted with respect to its application. In this respect, Regulation 5.04 is akin to the policies of mandatory retirement considered in *McKinney*. Just as those policies were directed toward the achievement of excellence in the universities’ pursuit of higher learning, Regulation 5.04 and its attendant policy were intended to maintain and enhance the quality of medical care the Vancouver General is capable of providing. They were, in a word, intended to promote excellence in the hospital’s pursuit of its mandate as a centre of medical

compte tenu de leur connaissance des valeurs et du fonctionnement du système de justice criminelle et du système judiciaire en général. Cependant, comme notre Cour l’a souligné dans l’arrêt *Irwin Toy*, il ne sera peut-être pas possible d’atteindre le même degré de certitude dans le second cas.

J’examine maintenant les objectifs de la «loi» en question.

Les objectifs

Puisque les arguments de l’avocat des appelants quant au caractère raisonnable du règlement 5.04 et de la politique en vertu de laquelle ce dernier a été appliqué ont porté sur la question de savoir s’il y avait discrimination au sens de l’art. 15 de la *Charte*, il n’a pas défini précisément leurs objectifs sous-jacents aux fins d’un examen fondé sur l’article premier. Il a cependant énuméré les [TRADUCTION] «préoccupations institutionnelles» que, selon lui, le conseil d’administration avait à l’esprit en adoptant le règlement 5.04. Font partie de ces préoccupations la nécessité de restreindre l’accroissement du personnel de l’hôpital pour tenir compte des restrictions en matière de budget et de ressources en vertu desquelles le Vancouver General doit fonctionner, la volonté de restreindre la taille du personnel pour encourager et maintenir la cohésion d’un personnel capable de pratiquer la médecine dans un esprit d’équipe, et la nécessité d’offrir aux jeunes médecins récemment formés selon les dernières techniques médicales certains des postes et des ressources de l’hôpital.

C’est cette dernière «préoccupation institutionnelle» qui porte sur ce que j’estime être l’objectif fondamental du règlement 5.04 et de sa politique d’application. À cet égard, le règlement 5.04 est semblable aux politiques de retraite obligatoire examinées dans l’arrêt *McKinney*. Tout comme ces politiques faisaient partie de la recherche de l’excellence dans les universités en matière de haut savoir, le règlement 5.04 et la politique qui s’y rattache visaient à maintenir et à promouvoir la qualité des soins médicaux que pouvait offrir le Vancouver General. Bref, ils faisaient partie de la recherche de l’excellence par l’hôpital dans le cadre de son mandat comme centre de recherche et

research and teaching and as the major acute care hospital in the Province of British Columbia.

I have little doubt that this objective meets the “objectives test” as it has been developed in the jurisprudence; it is an objective that warrants the overriding of constitutional guarantees, provided it can satisfy the other requirements of the s. 1 test. Excellence in the practice of medicine and the provision of hospital services is certainly a highly important goal, one that produces obvious social benefits. It is crucial in this regard to emphasize the special responsibilities that devolve upon the Vancouver General by virtue of its mandate as the major acute care hospital in the Province with its extensive involvement in teaching and research. From this it is fair to assume that the specialized care it provides is beyond the capabilities of most, if not all, the other hospitals in the Province. Consequently, the ability of people in all parts of the Province to obtain high quality medical care when they most seriously require it may be said to depend on the quality of treatment available at the Vancouver General. Just as importantly, the teaching and research function carried out at the hospital is crucial to the future availability of competent and well-trained doctors in every part of the Province.

Accordingly, having determined that a pressing and substantial government objective lies behind Regulation 5.04 and its attendant policy, I turn to the question whether the Regulation and policy are appropriate or proportionate to the objective they seek to promote.

Proportionality

As Dickson C.J. stated in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, a three-step approach to the question of proportionality as between objectives and means is ordinarily to be followed. He set out this approach, at p. 768 of his judgment, where he stated:

de formation médicales et comme principal hôpital de soins de courte durée dans la province de la Colombie-Britannique.

a Je ne doute pas que cet objectif réponde au [TRADUCTION] «critère des objectifs» tel qu’il a été formulé dans la jurisprudence; il s’agit d’un objectif qui justifie la suppression de garanties constitutionnelles, pourvu qu’il satisfasse aux autres exigences du critère de l’article premier. L’excellence dans la pratique de la médecine et dans la prestation des services médicaux constitue certainement un objectif très important qui apporte évidemment des avantages à la société. Il est capital à cet égard de souligner les responsabilités particulières qui incombent au Vancouver General en raison de son mandat comme principal hôpital de soins de courte durée dans la province et de sa participation importante en matière de formation et de recherche. Il est donc juste de présumer que les soins spécialisés qu’il offre dépassent les possibilités de la plupart des autres hôpitaux de la province, sinon de tous. Par conséquent, on peut dire que la possibilité pour les gens de toutes les régions de la province d’obtenir des soins médicaux de grande qualité lorsqu’ils en ont le plus besoin dépend de la qualité des traitements qu’offre le Vancouver General. Et de façon toute aussi importante, la formation et la recherche assurées par l’hôpital sont essentielles pour que chaque région de la province ait à l’avenir des médecins compétents et bien formés.

g Par conséquent, ayant déterminé que le règlement 5.04 et la politique qui s’y rattache constituent un objectif gouvernemental urgent et important, je vais maintenant déterminer si le règlement et sa politique sont appropriés ou proportionnels à l’objectif qu’ils visent à promouvoir.

La proportionnalité

i Comme le juge en chef Dickson l’a formulé dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, il faut habituellement suivre une démarche en trois étapes pour déterminer si les mesures appliquées sont proportionnelles aux objectifs fixés. Il a établi cette démarche dans ses motifs, à la p. 768, lorsqu’il a affirmé:

Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

I will now consider the case at bar in light of each of these "aspects" of the proportionality requirement: rationality, minimal impairment and deleterious effects, or as it has sometimes been referred to, overall proportionality.

Rationality

Regulation 5.04 and the policy under which it was applied have much the same relation to the Vancouver General's pursuit of excellence in the provision of medical treatment and medical teaching and research as was found to exist in *McKinney, supra*, between a policy of mandatory retirement and the pursuit of academic excellence in universities. It allows for regular staff renewal and the intellectual invigoration that flows from it. What I had to say in *McKinney*, at p. 284, with respect to the case of universities seems, with slight modification, applicable here:

Mandatory retirement not only supports the tenure system which undergirds the specific and necessary ambience of university life. It ensures continuing faculty renewal, a necessary process to enable universities to be centres of excellence. Universities need to be on the cutting edge of new discoveries and ideas, and this requires a continuing infusion of new people. In a closed system with limited resources, this can only be achieved by departures of other people. Mandatory retirement achieves this in an orderly way that permits long-term planning both by the universities and the individual. [Emphasis in original.]

Leaving aside the reference to the system of academic tenure for the moment, I think a similar analysis can be made of Regulation 5.04 and its associated policy of implementation. For obvious

En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

Je vais maintenant examiner l'espèce en fonction de chacun de ces «aspects» du critère de proportionnalité: le lien rationnel, l'atteinte minimale et les effets préjudiciables ou, comme on l'indique parfois, la proportionnalité générale.

La rationalité

Le règlement 5.04 et sa politique d'application ont sensiblement le même lien avec la recherche de l'excellence par le Vancouver General en matière de traitements médicaux, de recherche et de formation en matière médicale que celui qui existe dans l'arrêt *McKinney*, précité, entre une politique de retraite obligatoire et la recherche de l'excellence en matière d'enseignement dans les universités. Ce rapport permet le renouvellement régulier du personnel et l'apport intellectuel qui en découle. Ce que j'ai dit dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 284, dans le cas des universités semble s'appliquer en l'espèce avec de légères modifications:

La retraite obligatoire ne justifie pas seulement le système de la permanence qui détermine l'ambiance particulière et essentielle de la vie universitaire. Elle assure le renouvellement continu des membres du corps professoral, un processus nécessaire pour permettre aux universités d'être des centres d'excellence. Les universités doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées, et cela exige l'injection permanente de nouvelles ressources humaines. Dans un système fermé ayant des ressources limitées, on ne peut y parvenir qu'avec le départ d'autres personnes. La retraite obligatoire réalise cela d'une façon méthodique qui permet une planification à long terme tant par les universités que par l'individu. [Souligné dans l'original.]

Mettant de côté pour l'instant la question du système de la permanence, je pense qu'on peut faire un examen semblable du règlement 5.04 et de la politique d'application qui s'y rattache. Pour des

reasons, hospitals as much as universities, “need to be on the cutting edge of new discoveries and ideas”. If anything, it is even more important that hospitals remain fully apprised of the latest developments, given that human life and health may depend upon it, and that developments in medical knowledge and method occur at such a rapid pace. These rather trite observations, which apply to hospitals generally, are especially pertinent in the case of a hospital concerned with the provision of the kind of sophisticated and specialized treatment that is the responsibility of the Vancouver General. They also apply with special force to a hospital which, like the Vancouver General, carries out an important research and teaching function.

It is equally obvious that hospitals are like universities in that their ability to remain abreast of new discoveries and ideas “requires a continuing infusion of new people”. More particularly, and as was recognized by the courts below, it depends on their ability to regularly make room on their staffs for younger doctors who, by virtue of their recent training, are fully conversant with the latest theories, discoveries and techniques. And since hospitals are, as much as universities, a “closed system with limited resources”, this regular infusion with the vitality and perspective of the young can only be achieved by the corresponding departure of some of those already on staff. I note in this respect the submission of counsel for the appellants to the effect that the resource limitations under which the Vancouver General must operate was one of the “institutional concerns” motivating the adoption of Regulation 5.04 and the actions taken in respect of its implementation.

So viewed, I think it clear that Regulation 5.04 and the policy under which it was applied are “rationally connected” to the objective that lies behind them. Together they ensure that staff positions for younger doctors will regularly become available as members of the existing staff reach the age of 65. It is valuable in this respect to think

raisons évidentes, les hôpitaux, tout comme les universités, «doivent être à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées». Il serait même plus important que les hôpitaux soient toujours au courant des progrès les plus récents, puisque la vie et la santé humaines peuvent en dépendre et que les découvertes en matière de savoir médical et de techniques médicales progressent à un rythme si rapide. Ces remarques plutôt évidentes, qui s'appliquent aux hôpitaux en général, sont particulièrement pertinentes dans le cas d'un hôpital qui offre le genre de soins délicats et spécialisés dont est responsable le Vancouver General. Elles s'appliquent également avec une rigueur particulière à un hôpital comme le Vancouver General qui exerce des fonctions de recherche et de formation importantes.

Il est de même évident que les hôpitaux sont comme les universités en ce que leur capacité de se maintenir à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées «exige le concours permanent de nouveaux membres». Elle dépend plus particulièrement, comme l'ont reconnu les tribunaux d'instance inférieure, de leur capacité d'accueillir régulièrement au sein de leur personnel des jeunes médecins qui, en raison de leur formation récente, sont pleinement au courant des dernières théories, découvertes et techniques. Et comme les hôpitaux sont tout autant que les universités un «système fermé ayant des ressources limitées», cet apport régulier que fournissent les jeunes avec leur vitalité et leurs idées ne peut être réalisé que par le départ concomitant de certains des membres qui font déjà partie du personnel. Je souligne à cet égard la prétention de l'avocat des appelants que les ressources limitées en vertu desquelles le Vancouver General doit fonctionner faisaient partie des «préoccupations institutionnelles» à l'origine de l'adoption du règlement 5.04 et des mesures prises pour son application.

Vu sous cet angle, je pense qu'il est clair que le règlement 5.04 et sa politique d'application ont «un lien rationnel» avec l'objectif qui les sous-tend. Ensemble, ils permettent aux jeunes médecins d'occuper des postes de façon régulière au fur et à mesure que les membres du personnel actuel atteindront 65 ans. Il est utile à cet égard d'envisa-

of a staff position at the Vancouver General or any other hospital as a resource which is allocated through decisions as to the granting, renewal or non-renewal of admitting privileges. The resource is "scarce" in that it does not expand at a rate proportionate with the growth in the medical profession. It follows that it will not be allocated to those younger doctors who are needed on staff if a hospital is to remain "on the cutting edge of new discoveries and ideas", unless it is regularly and predictably relinquished by some of those who already have possession of it. Regulation 5.04 ensures that this will occur.

To the above I would add that Regulation 5.04 and its attendant policy are "rationally connected" to their underlying objective in an even more direct fashion. For they ensure not only that room is made on staff for younger and recently trained doctors, but also that it is made by the departure from staff of those who, by reason of advancing age, will be increasingly unable to function at the high level the Vancouver General must demand of its doctors. Common experience teaches that there will be considerable variety between individuals as to the rate at which the skills and aptitudes essential to the practice of medicine deteriorate. But it also teaches, and the evidence broadly confirms, that as a general rule such deterioration will accelerate as a person enters the later stages of life. It follows that a rule, which provides for the retirement of doctors before such deterioration will normally undermine their ability to function as full and competent members of medical staff, is "rationally connected" to the determination of the Vancouver General to provide hospital care and medical instruction conforming to the highest standards of professional competence and expertise.

Minimal Impairment

In approaching the question whether Regulation 5.04 and the policy by which it was implemented violated the respondents' s. 15 rights "as little as possible", I would reiterate what I have said above regarding the special considerations that apply in cases concerned with measures that relate directly

ger un poste au Vancouver General ou à tout autre hôpital comme une ressource offerte à la suite de la décision d'accorder ou de renouveler ou non des privilèges d'admission. La ressource est «limitée» en ce qu'elle ne peut augmenter de manière proportionnelle à l'accroissement du personnel médical. Il s'ensuit qu'elle ne sera pas offerte aux jeunes médecins dont un hôpital a besoin pour demeurer «à la fine pointe des découvertes et des nouvelles idées», à moins que certains de ceux qui en jouissent déjà n'y renoncent régulièrement et de manière prévisible. Le règlement 5.04 fait en sorte qu'il en sera ainsi.

À ce qui précède, j'ajouterais que le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache ont un «lien rationnel» avec leur objectif sous-jacent d'une manière encore plus directe. En effet, grâce à eux non seulement des places seront-elles accordées aux jeunes médecins récemment formés, mais encore elles s'offriront à la suite du départ de membres du personnel qui, en raison de leur âge, seront de moins en moins capables de faire preuve de la haute compétence que le Vancouver General attend de ses médecins. L'expérience de tous les jours montre que le rythme de détérioration des compétences et des aptitudes essentielles à la pratique de la médecine varie considérablement d'un individu à l'autre. Mais elle enseigne également, et la preuve le confirme généralement, qu'en règle générale cette détérioration s'accroîtra lorsqu'une personne atteindra les dernières étapes de sa vie. Il s'ensuit qu'une règle qui prévoit la retraite des médecins avant que cette détérioration porte normalement atteinte à leur capacité de fonctionner pleinement et de manière compétente comme membres du personnel médical, a «un lien rationnel» avec la volonté du Vancouver General d'offrir des soins de santé et une formation médicale conformes aux normes les plus élevées de la compétence et de l'expertise professionnelles.

L'atteinte minimale

Pour aborder la question de savoir si le règlement 5.04 et sa politique d'application violent «le moins possible» les droits que reconnaît l'art. 15 aux intimés, je répéterais ce que j'ai déjà dit au sujet des considérations particulières applicables aux mesures qui portent directement sur la réparti-

to the allocation of resources or that attempt to strike a balance between competing social groups. In such cases, neither the experience of judges nor the institutional limitations of judicial decision making prepares a court to make a precise determination as to where the balance between legislative objective and the protection of individual or group rights and freedoms is to be drawn. As the majority of this Court observed in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 993:

... in matching means to ends and asking whether rights or freedoms are impaired as little as possible, a legislature mediating between the claims of competing groups will be forced to strike a balance without the benefit of absolute certainty concerning how that balance is best struck.

Accordingly, it is only appropriate that the courts have exhibited considerable flexibility in assessing legislation of this sort through the lens of s. 1 of the *Charter*. That is so not only out of recognition of the difficulty of the choice that has to be made but also because such legislation impacts on many different and interrelated aspects of society and government policy. It is also because there are inherent advantages in a democratic society of having representative institutions deal with matters such as the division of scarce social resources between competing groups. This was expressly recognized in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*. There the majority put it this way, at pp. 993-94:

When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function. For example, when "regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or

tion des ressources ou qui tentent d'établir un équilibre entre les revendications contraires de groupes concurrents. Dans ces cas, ni l'expérience des juges ni les restrictions institutionnelles du processus décisionnel judiciaire ne préparent un tribunal à déterminer précisément le point d'équilibre entre l'objectif du législateur et la protection des droits et libertés d'un individu ou d'un groupe. Comme les juges de notre Cour, à la majorité, l'ont souligné dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 993:

... en faisant correspondre les moyens et les fins, et en se demandant s'il a été porté le moins possible atteinte aux droits ou aux libertés, le législateur en arbitrant entre les revendications de groupes concurrents, sera encore obligé de trouver le point d'équilibre sans pouvoir être absolument certain d'où il se trouve.

Par conséquent, il sied donc que les tribunaux aient fait preuve d'une très grande souplesse dans l'examen d'une loi de ce genre en fonction de l'article premier de la *Charte*. Il en est ainsi non seulement parce que les tribunaux reconnaissent qu'il est difficile de faire un choix, mais également parce que cette loi a des répercussions sur des aspects très différents et reliés de la société et de la politique du gouvernement. Il en est également ainsi parce que dans une société démocratique il y a des avantages inhérents à laisser aux institutions représentatives le soin de traiter de questions comme le partage de ressources sociales limitées entre des groupes concurrents. On l'a reconnu expressément dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité. Voici comment les juges de la majorité se sont exprimés, aux pp. 993 et 994:

Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partageons tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif. Par exemple «en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative

to constituencies that seem especially needy" (*Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at p. 772).

In short, as the Court went on to say, the question is whether the hospital authorities had a reasonable basis for concluding that it impaired the relevant right as little as possible in its attempts to achieve its pressing and substantial objectives. The following statement from *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, at p. 994, regarding the limitation of freedom of expression that was there in question is of general application:

In the instant case, the Court is called upon to assess competing social science evidence respecting the appropriate means for addressing the problem of children's advertising. The question is whether the government had a reasonable basis, on the evidence tendered, for concluding that the ban on all advertising directed at children impaired freedom of expression as little as possible given the government's pressing and substantial objective. [Emphasis added.]

Returning to the case at bar, it follows from what I have said that Regulation 5.04 and its attendant policy attempt to strike a balance between young doctors seeking to commence a practice and doctors who have been engaged in practice for some time. It seeks to strike a balance with respect to their mutual demand for access to the resource that is the *sine qua non* of a full medical practice, a position on a hospital medical staff. Remembering that the courts are not to attempt an artificial precision in assessing whether "the correct balance" has been struck, I would nevertheless suggest that the Board of Trustees of the Vancouver General had a "reasonable basis" for concluding that Regulation 5.04 and the policy by which it was applied impaired respondents' rights of equality "as little as possible" given its pressing and substantial objective.

In my view, the Board was amply justified, given the current climate of budgetary restraint pervasive in the public sector, in concluding that its ability to bring new doctors on staff depended on the timely retirement of some of those already

à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire» (*Edwards Books and Art Ltd.*, précité, à la p. 772).

^a En résumé, comme la Cour l'a affirmé par la suite, la question est de savoir si les responsables de l'hôpital étaient raisonnablement fondés à conclure qu'ils portaient le moins possible atteinte au droit visé dans la poursuite de leurs objectifs urgents et réels. L'extrait suivant de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, précité, à la p. 994, concernant la restriction de la liberté d'expression dont il était question dans cet arrêt est d'application générale:

En l'espèce, la Cour est appelée à évaluer des preuves contradictoires, qui relèvent des sciences humaines, quant aux moyens appropriés de faire face au problème de la publicité destinée aux enfants. La question est de savoir si le gouvernement était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à conclure qu'interdire toute publicité destinée aux enfants portait le moins possible atteinte à la liberté d'expression étant donné l'objectif urgent et réel que visait le gouvernement. [Je souligne.]

Pour en revenir aux faits de l'espèce, il découle de ce que j'ai dit que le règlement 5.04 et sa politique d'application tentent d'établir un équilibre entre les jeunes médecins qui veulent commencer à pratiquer et les médecins qui pratiquent depuis déjà un certain temps. Le règlement tente d'établir un équilibre entre leur demande mutuelle d'accès à une ressource essentielle à une pleine pratique médicale, soit un poste au sein du personnel médical de l'hôpital. Me rappelant que les tribunaux ne doivent pas tenter d'atteindre une précision artificielle pour déterminer si «l'équilibre approprié» a été établi, je suis toutefois d'avis que le conseil d'administration du Vancouver General était «raisonnablement fondé» à conclure que le règlement 5.04 et sa politique d'application portaient «le moins possible atteinte» aux droits à l'égalité des intimés compte tenu de son objectif urgent et réel.

À mon avis, le conseil était amplement justifié, compte tenu du climat actuel de restrictions budgétaires dans le secteur public, de conclure que sa capacité d'attirer de nouveaux médecins dépendait de la retraite au moment opportun de certains des

there. Moreover, it cannot be said to have acted unreasonably in concluding that the retirement, as a matter of course, of those who had reached the age of 65 would ensure the departure from staff of those who would generally be less able to contribute to the hospital's sophisticated practice. It must be stressed that the policy of applying Regulation 5.04 without exception, save in those "special cases where the physician had something unique to offer the hospital", was an attempt by the Board to recognize that the assumption of declining capabilities in those 65 and over would not always hold true. Although it operated with regard to the hospital's requirements rather than with regard to each individual doctor's health and capabilities, this was probably necessary given the overriding objective of making staff positions available to doctors recently trained in the latest theories and methods.

It cannot be denied that Regulation 5.04 and the associated policy of implementation imposes a heavy loss on those who reach the age of 65 and who wish to continue in practice. The evidence clearly shows that those who are denied a renewal of their admitting privileges pursuant to Regulation 5.04 will be unable to continue their practices in the manner and to the extent that they have become accustomed. In some cases, failure to obtain a renewal will mean the complete cessation of long-standing practices and the end of professional careers. But the anguish and sense of loss this entails cannot be considered in isolation from the frustration and anger younger doctors would experience if they were prevented from entering into a full practice upon completion of long years of arduous study and preparation.

The dynamics of the equation are not significantly altered by throwing the fate of the patients of those forced to retire into the balance, as counsel for the respondents does. Given the deterioration which is an undeniable characteristic of increasing age, the only hardships Regulation 5.04 can be said to impose on these patients is to force them to change their doctors sooner than they might otherwise have done. More importantly, any loss thereby incurred must surely be more than

médecins qui s'y trouvaient déjà. En outre, on ne peut dire que le conseil a agi de façon déraisonnable en concluant que la mise à la retraite réglementaire de ceux qui ont atteint 65 ans garantirait le départ de ceux qui seraient en général moins capables de contribuer à la pratique spécialisée de l'hôpital. Il convient de souligner qu'en appliquant sans exception le règlement 5.04, sauf dans les «cas particuliers où un médecin a quelque chose d'unique à offrir à l'hôpital», le conseil tentait de reconnaître que le principe de la détérioration des capacités de ceux qui ont 65 ans et plus n'était pas toujours exact. Bien que le règlement ait été appliqué en fonction des exigences de l'hôpital plutôt que de la santé et des capacités de chaque médecin individuellement, cela était probablement nécessaire compte tenu de l'objectif prédominant d'offrir des postes aux médecins récemment formés aux théories et aux méthodes les plus récentes.

On ne peut nier que le règlement 5.04 et sa politique d'application imposent une lourde perte à ceux qui ont 65 ans et souhaitent continuer à pratiquer. La preuve démontre clairement que ceux qui sont privés du renouvellement de leurs privilèges d'admission par suite de l'application du règlement 5.04 seront incapables de continuer à pratiquer la médecine de la manière et dans la mesure où ils l'avaient fait jusqu'à maintenant. Dans certains cas, le non-renouvellement signifie la cessation complète de pratiques établies depuis longtemps et la fin de carrières professionnelles. Mais l'angoisse et le sentiment de perte que cela comporte ne peuvent être considérés indépendamment de la frustration et de la colère que les jeunes médecins connaîtraient s'ils étaient empêchés de pratiquer pleinement après de longues années de préparation et d'études sérieuses.

Les éléments de l'équation ne sont pas véritablement modifiés si, comme le fait l'avocat des intimés, on tient compte du sort des patients de ceux qui sont obligés de prendre leur retraite. Compte tenu de la détérioration qui est une caractéristique incontestable du vieillissement, on peut dire que le seul préjudice que le règlement 5.04 impose à ces patients, c'est de les obliger à changer de médecin plus tôt qu'ils ne l'auraient fait autrement. Plus important encore, tout préjudice ainsi subi est

compensated for by the benefit that they and all other clients of the British Columbia health system derive from the regular infusion of new talent and new ideas into the Province's major acute care and research hospital.

This view of Regulation 5.04 and the associated policy is confirmed when the question of whether they strike a reasonable balance between competing resource users is viewed from the point of view of alternative measures. The only alternative that appears to have been mooted was the suggestion that the Vancouver General could have instituted a program of skills testing or performance evaluation. The evidence suggests that such a program would be costly both to implement and operate, a not unimportant consideration given the financially straitened circumstances in which most hospitals and the health care system generally must now operate. But more important is the invidious and disruptive effect such a program would have on the environment in which all members of the hospital's medical staff must work. As I explained in *McKinney*, skills testing and performance evaluation can be demeaning, especially when applied to highly trained and senior members of a professional community. As a trigger for the application of a rule of mandatory retirement, they would be the very antithesis of the kind of dignified departure that should be the crowning moment of a professional career. Just as detrimental is the added pressure which performance-based retirement would introduce into what must already be a very high pressure work environment. Nor is it difficult to imagine how such a scheme could sow suspicion and dissension among a hospital staff.

It is important in this regard to note that the development of a cohesive staff whose members are comfortable working as members of a team was one of the "institutional concerns" the Vancouver General had in mind in passing Regulation 5.04. While counsel seemed to relate this concern

certainement plus que compensé par les avantages que ces patients et tous les autres bénéficiaires du système de santé de la Colombie-Britannique tirent de l'apport régulier de nouveaux talents et de nouvelles idées au sein du principal hôpital de la province spécialisé en soins de courte durée et en recherche.

Cette façon de considérer le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache est confirmée lorsque la question de savoir s'ils établissent un équilibre raisonnable entre les usagers concurrents des ressources en cause est abordée dans l'optique des autres mesures possibles. La seule autre mesure qui semble avoir été envisagée était l'idée que le Vancouver General ait pu mettre sur pied un programme d'évaluation des aptitudes et du rendement. La preuve indique qu'un tel programme serait coûteux tant en ce qui concerne sa mise en œuvre que son fonctionnement, un facteur qui n'est pas négligeable compte tenu de la situation financière difficile dans laquelle la plupart des hôpitaux et les services de soins de santé doivent maintenant fonctionner en général. Mais ce qui est plus important, c'est le sentiment d'injustice et l'effet néfaste qu'un tel programme provoquerait dans le milieu de travail de tous les membres du personnel médical de l'hôpital. Comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *McKinney*, les évaluations d'aptitudes et de rendement peuvent être humiliantes, surtout lorsqu'elles sont appliquées à des professionnels chevronnés et expérimentés. Comme facteur d'application d'une règle de retraite obligatoire, elles iraient tout à fait à l'encontre de la dignité du départ qui devrait couronner une carrière professionnelle. La tension qu'ajouterait un système de retraite fondé sur le rendement dans un milieu de travail qui comporte déjà énormément de pression serait tout aussi préjudiciable. Il n'est pas difficile non plus d'imaginer comment un tel système susciterait la méfiance et la dissension au sein du personnel de l'hôpital.

À cet égard, il est important de souligner que la cohésion d'un personnel hospitalier dont les membres se plaisent à travailler au sein d'une équipe était l'une des «préoccupations institutionnelles» à l'origine de l'adoption du règlement 5.04 par le Vancouver General. Bien que l'avocat des appe-

exclusively to a desire to limit the number of doctors on staff, I think it is also clearly relevant to the desire to avoid the disruptive effects of performance-related retirement. What I have said in *McKinney* regarding the role that mandatory retirement plays in the preservation of the “necessary ambience of university life” is also applicable to the present case, notwithstanding that the institution of tenure, and the animosity toward regular performance evaluation it engenders, is not *per se* part of the hospital setting.

As a final comment on this branch of the appeal, I would simply say that it is not appropriate for this Court to “second-guess” the government’s determination that 65 is the appropriate age at which to implement its policy of *de facto* mandatory retirement. On this issue, I refer to the comments made in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*, at pp. 781-82, 800-801, to the effect that the exercise of “line-drawing” was one that should generally be left to the legislature.

Deleterious Effects

It is evident from what I have said in relation to “minimal impairment” that the effects of Regulation 5.04 and its attendant policy are not so severe as to outweigh the government’s pressing and substantial objectives. In the circumstances, and given that a full explanation would cover the ground already covered under the previous heading, I find it unnecessary to say anything further regarding deleterious effects.

Conclusion and Disposition

I would dispose of this appeal on the ground that the appellant hospital is not a part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It is therefore not bound by the *Charter*. Even if the hospital were a part of government, I would hold that although Regulation 5.04 and the policy the Board of Trustees of the Vancouver General followed in applying it are discriminatory under s. 15

lants semble relier cette préoccupation au seul désir de limiter le nombre de médecins, je pense qu’elle est également tout à fait pertinente à la volonté d’éviter les effets perturbateurs d’une mise à la retraite fondée sur l’évaluation du rendement. Ce que j’ai dit dans l’arrêt *McKinney* sur le rôle que la retraite obligatoire joue dans le maintien de «l’ambiance [. . .] essentielle de la vie universitaire» s’applique également en l’espèce, peu importe que le système de la permanence, et l’animosité à l’égard des évaluations régulières de rendement qu’elle engendre, ne fasse pas partie en soi du milieu hospitalier.

À titre de dernière remarque sur cet aspect du pourvoi, j’ajouterais simplement qu’il n’est pas approprié que notre Cour [TRADUCTION] «se prononce après coup» sur la conclusion du gouvernement que 65 ans est l’âge approprié pour mettre en œuvre sa politique de retraite obligatoire dans les faits. Sur cette question, je mentionne les remarques faites dans l’arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité, aux pp. 781 et 782, 800 et 801, selon lesquelles la tâche d’établir une «digne démarcation» devrait généralement être laissée au législateur.

Les effets préjudiciables

Il découle clairement de ce que j’ai dit de «l’atteinte minimale» que les effets du règlement 5.04 et de la politique qui s’y rattache ne sont pas sévères au point de l’emporter sur les objectifs urgents et réels du gouvernement. Dans ces circonstances, et parce qu’une explication complète reprendrait ce qui a déjà été dit dans la section précédente, je conclus qu’il n’est pas nécessaire d’ajouter quoi que ce soit concernant les effets préjudiciables du règlement contesté et de sa politique d’application.

Conclusion et dispositif

Je suis d’avis de disposer de ce pourvoi en affirmant que l’hôpital appelant ne fait pas partie du gouvernement au sens de l’art. 32 de la *Charte*. Il n’est donc pas lié par la *Charte*. Même si l’hôpital faisait partie du gouvernement, je suis d’avis de conclure que, bien que le règlement 5.04 et sa politique d’application suivie par le conseil d’administration du Vancouver General soient dis-

of the *Charter*, they are saved under s. 1 as a "reasonable [limit] prescribed by law" which is "demonstrably justified in a free and democratic society".

I would, therefore, allow the appeal, reverse the decisions of the trial judge and the Court of Appeal, and dismiss the plaintiffs' action with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

No.

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

If the Regulation had been enacted by government, it would be contrary to s. 15(1) of the *Charter*.

3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

If the policy had been adopted by government, it would be contrary to s. 15(1).

4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

If questions 2 and 3 had been answered in the affirmative, the Regulation and policy would nevertheless be justified under s. 1 of the *Charter*.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague La Forest J. and, for the reasons I gave in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I must respectfully

criminatoires en vertu de l'art. 15 de la *Charte*, ils sont justifiés en vertu de l'article premier parce qu'il s'agit d'une «règle de droit» qui est restreinte «dans des limites [...] raisonnables» et dont «la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmes les décisions du juge de première instance et de la Cour d'appel et de rejeter l'action des intimés. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Si le règlement avait été adopté par le gouvernement, il serait contraire au par. 15(1) de la *Charte*.

3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Si la politique avait été adoptée par le gouvernement, elle serait contraire au par. 15(1).

4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Si la réponse aux questions 2 ou 3 avait été affirmative, le règlement et la politique seraient néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge La Forest et, pour les motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney c. Université de*

disagree with him that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has no application to the Vancouver General Hospital. In my view, the *Charter* does apply and as a consequence the appellant's policy of mandatory retirement is unconstitutional. While the questions raised by these appeals are generally similar to those this Court addressed in *McKinney*, there are some important differences and I wish to deal with those.

I. Application of the *Charter* to the Vancouver General Hospital

The scope of application of the *Charter* is governed by s. 32(1) which provides:

32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

In *McKinney*, I discussed s. 32(1) at some length. I found that the purpose of the section was to extend the reach of the *Charter* to all those entities and activities that could be construed as "governmental". I identified the criteria I thought were relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* under s. 32. I indicated at p. 370 that:

... I would favour an approach that asks the following questions about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government:

1. Does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question?

2. Does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state?

3. Is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229 rendus en même temps que les présents pourvois, je ne saurais, avec égards, être de son avis que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'applique pas au Vancouver General Hospital. À mon avis, la *Charte* s'applique et, en conséquence, la politique de retraite obligatoire instaurée par l'hôpital appelant est inconstitutionnelle. Bien que les questions soulevées par les présents pourvois soient, dans l'ensemble, semblables à celles que notre Cour a examinées dans l'arrêt *McKinney*, il y a d'importantes différences que je veux analyser.

I. L'application de la *Charte* au Vancouver General Hospital

Le paragraphe 32(1) définit la portée d'application de la *Charte*.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai assez longuement analysé le par. 32(1). J'ai conclu que ce paragraphe avait pour objet d'étendre l'application de la *Charte* à toutes les entités et activités qu'on peut considérer comme «gouvernementales». J'ai défini les critères qui, selon moi, servaient à déterminer si une entité est assujettie à la *Charte* en vertu de l'art. 32. J'y ai dit à la p. 370 que:

... je favoriserais une méthode qui soulève les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement:

1. La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question?

2. L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État?

3. L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

In my respectful view, the application of these three tests leads inexorably to a finding that the *Charter* applies to the Vancouver General Hospital.

1. *Application of the Criteria to the Vancouver General Hospital*

(a) The "Control" Test

A review of the various connections between the Province and the Hospital leads me to conclude that the provincial government exercises a substantial amount of control over the appellant. In particular, the government has exercised control over the Vancouver General Hospital in three areas: (1) governing structure; (2) policy; and (3) funding.

Dealing first with control over the governing structure of the Hospital, the *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, c. 176, sets out the function and powers of the Hospital and its constituent elements. Section 30 provides that the Lieutenant Governor may appoint inspectors whose function it is to inspect the accounts, books, equipment and any other thing on or about the hospital. Section 37 provides that the Lieutenant Governor may, by regulation, establish one or more medical appeal boards. These boards are vested with the jurisdiction to review management decisions regarding permits to practise medicine or dentistry in the Hospital. Under s. 2(1)(c) of the Act every hospital is required to have a properly constituted board of management. It is in this Board that the governance of hospital affairs is largely reposed.

The composition of the Board is dealt with under both the *Hospital Act* and the *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, c. 55. Under s. 2(1)(a) of the former Act, the Hospital is obliged to make provision for, *inter alia*, representation of the provincial government on the Board. This directive has been carried out under s. 5 of the *Vancouver General Hospital Act* which provides that the Board shall consist of those persons appointed under the *Hospital Act*. The actual composition of the Board is dealt with in Article 4, s. 2, of the Vancouver General Hospital by-laws.

Avec égards, j'estime que l'application de ces trois critères nous amène forcément à conclure que la *Charte* s'applique au Vancouver General Hospital.

1. *Application de ces critères au Vancouver General Hospital*

a) Le critère du «contrôle»

L'examen des différents liens qui existent entre la province et l'hôpital appelant m'amène à conclure que le gouvernement provincial exerce un contrôle important sur celui-ci. Plus précisément, le gouvernement exerce un contrôle sur le Vancouver General Hospital dans trois domaines: (1) l'administration interne, (2) les politiques et (3) le financement.

Commençons par le contrôle sur l'administration interne de l'hôpital; la *Hospital Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 176, établit le rôle et les pouvoirs de l'hôpital appelant et de ses éléments constituants. L'article 30 prescrit que le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer des inspecteurs dont le rôle consiste à examiner les comptes, les registres et le matériel et toute autre chose ayant trait à l'hôpital. L'article 37 édicte que le lieutenant-gouverneur en conseil peut, par règlement, établir un ou plusieurs comités médicaux d'appel. Ces comités ont la compétence d'exercer un contrôle sur toutes les décisions de l'administration au sujet des questions relatives à l'exercice de la médecine ou de l'art dentaire à l'hôpital appelant. En vertu de l'al. 2(1)c) de la Loi, tout hôpital est tenu d'avoir un conseil d'administration régulièrement constitué. Ce conseil voit dans une grande mesure à l'administration générale de l'hôpital.

La *Hospital Act* et la *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, ch. 55, déterminent la composition du conseil d'administration. En vertu de l'al. 2(1)a) de la première Loi, l'hôpital appelant est tenu de prévoir, notamment, la représentation du gouvernement provincial au conseil d'administration. Cette disposition est mise en œuvre en vertu de l'art. 5 de la *Vancouver General Hospital Act* qui dispose que le conseil d'administration est composé de personnes nommées en vertu de la *Hospital Act*. La composition même du conseil est régie par le par. 4(2) du règlement du

Section 2 (in combination with Article 2, s. 1) provides that the Lieutenant Governor shall appoint 14 of the Board's 16 members, the appointees to be chosen from several specified communities. If, however, any of the specified organizations fail to submit candidates, the Lieutenant Governor may appoint whomever he or she wishes (s. 3).

The authority of the Board of Trustees is broad and diverse. Section 2(1)(b) provides that the Board is to have full control over the revenue and expenditure of the Hospital. The Hospital is also to have by-laws or rules thought necessary by the Minister for carrying out the administration and management of the Hospital's affairs and providing a high standard of care (s. 2(1)(c)). Under s. 6 of the *Vancouver General Hospital Act*, the power to pass such by-laws has been reposed in the Hospital's Board of Trustees. The Hospital enjoys special government-like powers in a number of respects and the exercise of these would presumably fall under the jurisdiction of the Board. For example, the property of the Hospital is protected from expropriation under s. 45 of the *Hospital Act* and s. 11 of the *Vancouver General Hospital Act*.

The powers of the Board of Trustees are subject to the authority of the Lieutenant Governor and the Minister of Health. Both the Lieutenant Governor and the Minister have the power to intervene in significant ways in the operations of the Board. The Lieutenant Governor may order the Hospital to comply with any conditions in addition to those enumerated in the *Hospital Act* as he or she may prescribe (s. 2(1)(d)). He may also make any additional regulations he thinks necessary (s. 36(1)). As well, under s. 2(1)(c) of that Act by-laws or rules *et cetera* passed by hospital boards are ineffective without ministerial approval and this requirement is repeated in s. 6 of the *Vancouver General Hospital Act*. The Minister may require that any by-law be revised to his satisfaction (s. 32). As well, the composition of the governing bodies of the Hospital may be radically altered by the Minister and the Lieutenant governor. Section 2(3) of the *Hospital Act* provides that the Lieutenant Governor may appoint to the Board any number of persons to represent the provincial

Vancouver General Hospital. L'article 2 (et le par. 2(1)) édicte que le lieutenant-gouverneur en conseil nomme 14 des 16 membres du conseil d'administration, les personnes ainsi nommées devant être choisies dans différents groupes déterminés. Si, cependant, un groupe déterminé ne propose pas de candidat, le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer qui il veut (art. 3).

La compétence du conseil d'administration est générale et diversifiée. L'alinéa 2(1)(b) prescrit que le conseil a plein contrôle sur les recettes et les dépenses de l'hôpital appelant. Celui-ci doit aussi avoir le règlement que le ministre estime nécessaire à l'administration de l'hôpital et à la prestation de soins de haute qualité (al. 2(1)(c)). En vertu de l'art. 6 de la *Vancouver General Hospital Act*, la compétence d'adopter ce règlement est attribuée au conseil d'administration. L'hôpital appelant dispose de pouvoirs spéciaux apparentés à ceux d'un gouvernement à bon nombre d'égards et l'exercice de ces pouvoirs relève présument du conseil d'administration. Par exemple, les biens-fonds de l'hôpital appelant ne sont pas sujets à l'expropriation en vertu de l'art. 45 de la *Hospital Act* et de l'art. 11 de la *Vancouver General Hospital Act*.

Les pouvoirs du conseil d'administration sont subordonnés à l'autorité du lieutenant-gouverneur en conseil et du ministre de la Santé. Le lieutenant-gouverneur en conseil et le ministre ont le pouvoir d'intervenir de façon importante dans l'administration du conseil. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut enjoindre à l'hôpital appelant de respecter toute obligation qui s'ajoute à celles que la *Hospital Act* impose (al. 2(1)(d)). Il peut aussi édicter tout règlement supplémentaire qu'il estime nécessaire (par. 36(1)). De plus, en vertu de l'al. 2(1)(c) de la Loi, les dispositions réglementaires adoptées par les conseils d'administration des hôpitaux sont inopérantes jusqu'à ce qu'elles aient été approuvées par le ministre; cette exigence est aussi reprise par l'art. 6 de la *Vancouver General Hospital Act*. Le ministre peut exiger que tout règlement soit modifié dans le sens qu'il souhaite (art. 32). Le ministre et le lieutenant-gouverneur en conseil peuvent aussi modifier radicalement la composition des corps dirigeants de l'hôpital appelant. Le paragraphe 2(3) de la *Hospital Act* édicte

government notwithstanding any other Act or the constitution, by-laws or rules of any hospital. Finally, and perhaps most tellingly, the Province may simply "take over" the running of the Hospital. The Minister may under s. 44(1) appoint an examining board to examine any aspect of the Hospital's operations. Upon receipt of the examining board's report the Minister may make recommendations to the Lieutenant Governor who in turn under s. 44 may appoint a public administrator and completely usurp the Board of Trustees.

With respect to Hospital policy, I believe that the Province exercises a significant amount of control in this area as well. For instance, under the *Hospital Act* the Hospital is prohibited from refusing to admit any person on account of their indigent circumstances (s. 4). Hospitals are precluded from admitting any person with a communicable disease unless the Minister is satisfied that the hospital has sufficient facilities for the handling of such a person (s. 3). All persons being treated in hospital for tuberculosis of the respiratory tract are subject to supervision by a medical health officer appointed by the Lieutenant Governor. Every hospital is under a statutory obligation to keep detailed patient records (s. 18). Further, certain hospitals including the appellant must provide reasonable facilities for giving clinical instruction to medical students. If the hospital and the university are unable to agree as to the nature and extent of the facilities to be granted the dispute is determined by the Lieutenant Governor. Under the regulations passed pursuant to the *Hospital Act (Hospital Act Regulations, B.C. Reg. 289/73 as am.)*, a number of provisions were passed by the Lieutenant Governor dealing with procedures for admission and discharge of patients (ss. 2 and 3) and the substantive requirements that must be met before hospitals can treat patients (s. 4). Further,

que le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer au conseil un nombre quelconque de personnes pour représenter le gouvernement de la province en dépit de toute autre loi, ou de l'acte constitutif et du règlement de tout hôpital. Enfin, ce qui est peut-être le plus significatif, la province peut tout simplement prendre en charge le fonctionnement de l'hôpital appellant. En vertu du par. 44(1), le ministre peut nommer un comité d'enquête pour examiner tout aspect quelconque du fonctionnement de l'hôpital appellant. Sur réception du rapport du comité d'enquête, le ministre peut faire des recommandations au lieutenant-gouverneur en conseil qui, à son tour, peut, en vertu de l'art. 44, nommer un administrateur public et évincer complètement le conseil d'administration.

À l'égard des politiques de l'hôpital appellant, je crois que la province exerce là aussi une mesure importante de contrôle. Par exemple, en vertu de la *Hospital Act*, l'hôpital appellant ne peut refuser d'admettre une personne parce qu'elle n'a pas de ressources financières (art. 4). Les hôpitaux ne sont pas autorisés à admettre une personne atteinte d'une maladie contagieuse à moins que le ministre ne soit convaincu que l'hôpital dispose des installations nécessaires pour soigner cette personne (art. 3). Toutes les personnes traitées à l'hôpital pour la tuberculose des voies respiratoires sont soumises à une surveillance de la part d'un agent de santé désigné par le lieutenant-gouverneur en conseil. Tout hôpital a l'obligation légale de tenir un dossier médical détaillé des patients (art. 18). De plus, certains hôpitaux, dont l'hôpital appellant, ont l'obligation de fournir des installations suffisantes pour donner une formation clinique à des étudiants en médecine. Si l'hôpital et l'université ne peuvent se mettre d'accord sur la nature et l'étendue des installations à affecter à cette fin, le lieutenant-gouverneur en conseil tranche la question. En vertu des règlements adoptés sous l'empire de la *Hospital Act, (Hospital Act Regulations, B.C. Reg. 289/73 et modifications)*, le lieutenant-gouverneur en conseil a édicté un certain nombre de dispositions relatives aux procédures d'admission et de congé des patients (art. 2 et 3) et aux conditions de fond qui doivent être respectées avant que les hôpitaux puissent traiter des patients (art. 4). De plus, les règlements régissent l'organi-

the regulations make provision for the organization of medical staff and delineate the duties which such staff organizations must perform (s. 5).

As I demonstrated above, even although the Board of Trustees is vested with a large amount of authority respecting the operations of the hospital, the Minister and the Lieutenant Governor have each been granted broad powers to impose their will upon the Board and thus to enforce government policy. The following provisions illustrate how extensive these powers are. Section 32 provides:

32. The minister may require that the bylaws or rules of a hospital or society or corporation having among its objects the provision of hospital facilities or the operation of a hospital be revised in a manner satisfactory to him in order to meet changing conditions and policies, and to provide for greater uniformity and efficiency in all matters concerning the administration and operation of hospitals.

Section 36 indicates the scope of the Lieutenant Governor's regulation-making power:

36. (1) The Lieutenant Governor in Council may make any regulations deemed necessary for the carrying out of the provisions of this Act to meet any contingency not expressly provided for in it, and providing for the returns to be rendered by the secretary or other executive officer of a hospital.

(2) All regulations under this section shall be presented to the Legislative Assembly.

(3) The power to make regulations under this section extends to prescribing, for any hospital as defined under any of the provisions of this Act, the

- (a) proportion of the accommodation which shall be used as public or standard ward accommodation;
- (b) number or proportion of persons who, being persons in receipt of social services as defined in the *Guaranteed Available Income for Need Act*, are to be provided with the necessary care and accommodation at the rates payable under that Act;
- (c) rules or standards for the ownership, capital debt, maintenance, operation and management of hospitals or licensed hospitals;

sation du corps médical et définissent les fonctions que ces organismes médicaux doivent remplir (art. 5).

Comme je l'ai déjà indiqué, bien que le conseil d'administration soit doté de pouvoirs étendus à l'égard du fonctionnement de l'hôpital, le ministre et le lieutenant-gouverneur en conseil disposent de pouvoirs généraux d'imposer leur volonté au conseil d'administration et d'appliquer de la sorte les politiques du gouvernement. Les dispositions suivantes montrent l'ampleur de ces pouvoirs. L'article 32 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 32. Le ministre peut exiger que les règlements ou règles d'un hôpital, d'une société ou d'une compagnie dont l'un des objets est de fournir des services hospitaliers ou d'exploiter un hôpital soient examinés d'une manière qu'il estime satisfaisante en vue de répondre à l'évolution des conditions et des politiques et d'apporter plus d'uniformité et d'efficacité dans les domaines relevant de l'administration et de l'exploitation des hôpitaux.

L'article 36 fait état de l'étendue du pouvoir de réglementation du lieutenant-gouverneur en conseil:

[TRADUCTION] 36. (1) Le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre tout règlement qu'il juge nécessaire à l'application des dispositions de la présente loi afin de faire face à toute situation d'urgence non expressément prévue à la présente loi et pour déterminer les rapports que le secrétaire ou tout autre administrateur d'un hôpital doit faire.

(2) Tous les règlements pris en vertu du présent article seront déposés auprès de l'Assemblée législative.

(3) Le pouvoir de prendre des règlements conféré en vertu du présent article s'étend à celui de prescrire, à l'égard de tout hôpital, tel que défini en vertu d'une disposition de la présente loi,

- a) la proportion des lits dudit hôpital qui devra servir aux salles d'hôpital publiques—ou conventionnelles;
- b) le nombre ou la proportion de personnes qui, étant des personnes recevant l'assistance sociale suivant la définition donnée dans la *Guaranteed Available Income for Need Act*, doivent y recevoir les soins nécessaires et le logement aux taux payables en vertu de cette loi;
- c) les règles ou les normes relatives à la propriété, à la dette d'établissement, à l'entretien, à l'exploitation et à la gestion des hôpitaux ou des hôpitaux licenciés;

- | | | |
|--|---|--|
| <p>(d) issue, by the board of management, of permits authorizing the treatment of patients by physicians, dentists or paramedical personnel;</p> <p>(e) establishment of medical staff organizations and other bodies comprised of persons to whom permits are issued under paragraph (d) and the promulgation, by a board of management, of bylaws or rules governing those organizations or other bodies;</p> <p>(f) requirements governing the admission to and discharge from hospitals of patients;</p> <p>(g) rules or standards regarding the care and treatment of patients;</p> <p>(h) records and documents respecting patients kept by a hospital or supplied by a medical practitioner or dentist to a hospital, and the minimum period for the retention of the records and documents by a hospital;</p> <p>(i) powers, duties and responsibilities of a public administrator appointed under section 44, and any matter respecting a hospital corporation for which the appointment is made; and</p> <p>(j) terms and conditions of the planning and operation of a hospital following public administration under section 44.</p> <p>(4) Where regulations are made,</p> <p>(a) each hospital to which the regulations are applicable shall observe them, and</p> <p>(b) the person having charge of admissions to a hospital to which regulations made under subsection (3)(b) are applicable shall, if the number or proportion of the persons to whom that paragraph refers accommodated in that hospital is less than the number or proportion prescribed, give preference of admission to those persons.</p> | <p><i>a</i></p> <p><i>b</i></p> <p><i>c</i></p> <p><i>d</i></p> <p><i>e</i></p> <p><i>f</i></p> <p><i>g</i></p> | <p>d) la délivrance, par le conseil de gestion, des permis autorisant le traitement des patients par les médecins, les dentistes et le personnel paramédical;</p> <p>e) la constitution de conseils de professionnels de la santé et d'autres organismes formés de personnes à qui des permis sont délivrés en vertu de l'alinéa d), et la promulgation par un conseil de gestion des règles ou règlements régissant ces organismes ou d'autres organismes;</p> <p>f) les conditions d'admission et de congé des patients;</p> <p>g) les règles ou normes applicables aux soins et aux traitements prodigués aux patients;</p> <p>h) les dossiers ou pièces établis et conservés à l'égard des patients par l'hôpital ou ceux fournis à l'hôpital par un médecin ou un dentiste et la durée minimale de conservation par l'hôpital des dossiers et archives;</p> <p>i) les pouvoirs, les devoirs et les responsabilités de l'administrateur public nommé en application de l'article 44 et tout autre sujet relatif à une institution hospitalière à l'égard de laquelle la nomination est faite;</p> <p>j) les conditions de planification et d'exploitation d'un hôpital après la nomination d'un administrateur en vertu de l'article 44.</p> <p>(4) Dès la promulgation des règlements,</p> <p>a) tout hôpital auquel les règlements s'appliquent est tenu de les observer et</p> <p>b) les personnes responsables de l'admission des patients à un hôpital auquel s'appliquent les règlements pris en vertu de l'alinéa 3b), doivent, si le nombre ou la proportion des personnes mentionnées à cet alinéa et admises à cet hôpital est moindre que le nombre ou la proportion prescrite, accorder la préférence d'admission à ces personnes.</p> |
|--|---|--|

Apart from the extraordinary powers of the Lieutenant Governor, the routine discharge of the Board's function involves the articulation and implementation of hospital policy by a body dominated by government representatives. With respect to its managerial responsibilities, the Board is obliged under s. 8 of B.C. Reg. 289/73 to appoint an administrator who shall be the representative of the Board and shall execute all orders of the Board concerning the administration of the Hospital. With respect to policies concerning the provision

Outre les pouvoirs extraordinaires dont dispose le lieutenant-gouverneur en conseil, l'exercice quotidien des fonctions du conseil d'administration comporte la formulation et la mise en œuvre des politiques de l'hôpital par un organisme dominé par les représentants du gouvernement. En vertu de ses responsabilités de gestion, le conseil d'administration est tenu, en vertu de l'art. 8 du B.C. Reg. 289/73 de nommer un administrateur qui représente le conseil et applique toutes ses directives afférentes à l'administration de l'hôpital appe-

of medical services, the Board is obliged under s. 6 of the regulations to make provision for medical staff procedures in the by-laws. Under Article 6 of the Vancouver General Hospital By-Laws, the Board of Trustees has delegated this function to a number of specialized committees who report back to the Board.

With respect to the issue of funding, the evidence discloses that the operating costs of the Hospital are borne almost entirely by the Province. The provision of these funds has gone hand in hand with the Regulation. Under the *Hospital Act* provisions exist for the supervision of hospital expenditures. Section 40 provides that the Lieutenant Governor may withhold amounts payable to the Hospital where the board of management refuses or neglects to comply with the Act or the regulations or fails to administer the Hospital in a manner satisfactory to the Minister. Section 41 prescribes the conditions applicable upon the Hospital's receiving financial assistance toward the planning, constructing, reconstructing, purchasing and equipping of the hospital.

Finally, the Province also subsidizes the Hospital's clientele, the patients. As has been mentioned by my colleague La Forest J., the physicians who initiated this action are not, strictly speaking, employees of the Hospital. Instead, they are paid by the Province on a fee for service basis. That is, they are paid by the government for the treatments they administer to their patients. Thus, the Province directly finances the provision of health care at the Vancouver General Hospital.

In my view, the extensive supervisory power which the Province exercises over the Hospital supports the conclusion that the appellant is a government entity for the purposes of s. 32(1) of the *Charter*. Before leaving this branch of the s. 32(1) inquiry, however, I would like to address the question whether, regardless of the Hospital's status as a governmental entity, the particular action complained of here is or is not government action.

lant. Pour ce qui a trait aux politiques de prestation des soins de santé, le conseil d'administration est tenu, en vertu de l'art. 6 du règlement, d'établir, par règlement, les règles que le personnel médical doit observer. En vertu de l'art. 6 du règlement du Vancouver General Hospital, le conseil d'administration a délégué cette tâche à plusieurs comités spécialisés qui font rapport au conseil.

Quant à la question du financement, la preuve révèle que la province défraie presque entièrement les coûts d'exploitation de l'hôpital appelant. La fourniture de ces fonds va de pair avec la réglementation. En effet, la *Hospital Act* prévoit la surveillance des dépenses des hôpitaux. L'article 40 dispose que le lieutenant-gouverneur en conseil peut retenir les sommes affectées à l'hôpital si le conseil de gestion refuse ou néglige de se conformer à une disposition de la Loi ou du règlement ou n'administre pas l'hôpital à la satisfaction du ministre. L'article 41 détermine les conditions en vertu desquelles l'hôpital peut recevoir des subventions de planification, de construction, de reconstruction, d'achat de fournitures et d'équipement.

Enfin, la province défraie aussi les dépenses des clients de l'hôpital, c'est-à-dire les patients. Comme mon collègue le juge La Forest l'a mentionné, les médecins qui ont intenté la présente action ne sont pas, au sens strict, des employés de l'hôpital appelant. Ils sont plutôt rémunérés par la province selon un système d'honoraires. En effet, ils sont payés par le gouvernement en fonction des traitements qu'ils administrent à leurs patients. Ainsi, la province finance directement la prestation des soins médicaux au Vancouver General Hospital.

À mon avis, l'étendue des pouvoirs de surveillance que la province exerce sur l'hôpital étaye la conclusion que l'hôpital appelant est une entité gouvernementale pour les fins du par. 32(1) de la *Charte*. Avant de laisser cet aspect de l'examen fondé sur le par. 32(1), cependant, j'aborderai la question de savoir si, indépendamment du statut d'entité gouvernementale de l'hôpital, l'action contestée en l'espèce constitue ou non un acte du gouvernement.

The respondents submit that because Regulation 5.04 could only take effect upon the approval of the Minister, its enactment and subsequent application must be characterized as an act of government. They rely on the decision of this Court in *Attorney General of Quebec v. Blaikie*, [1981] 1 S.C.R. 312 (*Blaikie No. 2*) in support of this submission.

In *Blaikie No. 2* the Court was asked to decide whether regulations and orders issued by statutory bodies are Acts of the Legislature within the meaning of s. 133 of the *Constitution Act, 1867* which reads:

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

The Court concluded that delegated legislation fell within the compass of s. 133. It stated at p. 329:

The particular form of words used in this respect by various statutes matters little. Whether it be provided that some regulations "shall have no force and effect until approved and sanctioned by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not be carried into execution until approved by the Lieutenant-Governor in Council" or "shall not have force and effect until confirmed by the Lieutenant-Governor in Council", they can be assimilated with the enactments of the Government and therefore of the Legislature as long as positive action of the Government is required to breathe life into them. Without such approval or confirmation, they are a nullity . . . or at least inoperative.

My colleague La Forest J. has distinguished *Blaikie No. 2* on the basis that it was decided in the context of a constitutional provision protecting certain defined and restricted rights (i.e., the right

Les intimés soutiennent que, puisque le règlement 5.04 ne devenait applicable qu'après son approbation par le Ministre, son adoption et son application subséquente doivent être qualifiées d'action du gouvernement. Ils invoquent l'arrêt de notre Cour *Procureur général du Québec c. Blaikie*, [1981] 1 R.C.S. 312 (*Blaikie n° 2*), à l'appui de cette prétention.

Dans *Blaikie n° 2*, notre Cour devait déterminer si les règlements et les décrets pris par les organismes constitués en vertu des lois sont des lois de la législature au sens de l'art. 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ainsi conçu:

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais, dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

Notre Cour a conclu que la législation par délégation tombe sous le coup de l'art. 133. Elle dit, à la p. 329:

Le texte particulier des différentes lois importe peu à cet égard. Que la loi dispose que certains règlements «n'entreront en vigueur que lorsqu'ils auront été approuvés et sanctionnés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «ne seront pas mis à exécution avant d'avoir été approuvés par le lieutenant-gouverneur en conseil» ou «n'auront aucun effet avant d'avoir été confirmés par le lieutenant-gouverneur en conseil», ils peuvent être assimilés à des mesures du gouvernement et, par conséquent, de la Législature tant qu'une action positive du gouvernement est nécessaire pour leur insuffler la vie. Sans cette approbation ou confirmation ils sont nuls [. . .] ou à tout le moins inopérants.

Mon collègue le juge La Forest établit une distinction entre l'arrêt *Blaikie n° 2* et l'espèce parce que celui-ci porte sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle qui protège certains

to use either the French or the English language in certain defined circumstances) whereas the present appeals are to be decided in the context of s. 32(1) which affects the scope of every guarantee in the *Charter*. I agree with La Forest J. that because *Blaikie No. 2* was decided in a different constitutional context and in relation to a different constitutional guarantee its usefulness in construing s. 32(1) is limited.

In *McKinney* I noted that it was not necessary that there be a clear nexus between government and the particular impugned activity in order that the control test be met. On the other hand, I observed at p. 363:

The evidence that one is dealing with government action will, of course, be even stronger if one can point to a direct nexus between government and the activity in question. But I do not think that the specific questions the control test poses about the presence of such a nexus are in any sense necessary conditions for a finding that there is government action. I am quite prepared to accept that, even in the absence of such a nexus, there may be sufficient government control to enable one to conclude that government action is in issue.

In my respectful view, the conclusion I have reached respecting the general relationship of control which the Province has with the Hospital is strengthened when it is recognized that the government also has specific control over the particular action in issue in these appeals. Regulation 5.04 would be totally ineffectual without the prior written approval of the Minister. Indeed, had the Minister not been prepared to approve the Regulation, he had the power to forestall its enactment and compel the Board of Trustees to enact a by-law more to his liking. In such circumstances I fail to see how the Regulation could be characterized as beyond government control or as anything other than a simple reflection of government policy. To my mind, the fact that the Province through the Minister had the power to treat the by-law in this way provides an exceedingly strong indication that what is at issue in these appeals is government action. Indeed, in this case I might be prepared to find that the requirements of s. 32(1)

droits définis et restreints (c'est-à-dire le droit de se servir du français ou de l'anglais dans certaines circonstances déterminées) alors que les présents pourvois dépendent de l'interprétation du par. 32(1), lequel détermine la portée de tous les droits garantis par la *Charte*. Je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que, parce que l'arrêt *Blaikie n° 2* a été décidé dans un contexte constitutionnel différent et en fonction d'une garantie constitutionnelle différente, son utilité pour l'interprétation du par. 32(1) est limitée.

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai souligné qu'il n'était pas nécessaire qu'il y ait un lien apparent entre le gouvernement et l'activité précise mise en cause pour satisfaire au critère du contrôle. D'autre part, j'ai fait remarquer ceci à la p. 363:

La preuve qu'il s'agit d'une action gouvernementale sera évidemment plus solide si l'on peut déceler un lien direct entre le gouvernement et l'activité en question. Mais je ne crois pas que les questions précises que soulève le critère du contrôle quant à l'existence d'un tel lien soient de toute façon des conditions nécessaires pour conclure à l'existence d'une action gouvernementale. Je suis tout à fait disposée à reconnaître que, même en l'absence d'un tel lien, le gouvernement peut exercer suffisamment de contrôle pour conclure qu'il s'agit d'une action gouvernementale.

À mon avis, la conclusion à laquelle j'en suis venue au sujet du contrôle que la province exerce sur l'hôpital appelant est étayée lorsque l'on reconnaît que le gouvernement a aussi un contrôle exprès sur l'action particulière contestée dans les présents pourvois. Le règlement 5.04 serait totalement sans effet sans l'approbation préalable donnée par écrit par le ministre. De plus, si le ministre n'avait pas voulu approuver le règlement, il avait le pouvoir d'empêcher son adoption et de forcer le conseil d'administration à en adopter un autre qui lui aurait plu davantage. Dans ces circonstances, je ne vois pas comment on peut dire que le règlement échappe au contrôle du gouvernement ou qu'il reflète autre chose que la politique du gouvernement. Selon moi, la façon dont la province pouvait, par l'entremise du ministre, traiter le règlement donne une indication très forte que ce qui est contesté en l'espèce est une action du gouvernement. En l'espèce, je pourrais être prête à conclure que les conditions exigées en vertu du par. 32(1)

are met on the basis of the control test alone. It is not necessary to do so, however, since in my view the government function test and the government entity test provide further support for my conclusion that the *Charter* applies to the Vancouver General Hospital.

(b) The “Government Function” Test

As I indicated in *McKinney*, in applying the “government function” test, the general principle is that a function becomes governmental because a government has decided to perform it, not because the function is inherently governmental.

Public health in general and hospitals in particular have been supported by local and provincial governments in Canada since pre-Confederation times. In 1830, for example, the legislature of Upper Canada provided funding for the hospital at York established by the Lieutenant Governor, Sir John Colborne: see *An Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital*, S.U.C. 1830, c. 31. In British Columbia the legislature enacted in 1869 a statute conferring on the Governor-in-Council power to establish local health boards and to regulate sanitary and other conditions in hospitals: see *An Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia*, C.S.B.C. 1877, c. 83. The legislature of British Columbia also passed the *Insane Asylums Act*, C.S.B.C. 1888, c. 61, providing for the establishment of mental hospitals in the Province. Finally, in 1888 it instituted a complete regime of public health under the *Health Act*, R.S.B.C. 1897, c. 91. In 1832 the legislature of Lower Canada passed an Act to support certain hospitals: see *An Act to appropriate certain sums of money for the support of the Emigrant Hospital at Quebec and of the Fever Hospital at Point Lévi, and for other purposes therein mentioned*, S.L.C. 1832, c. 15. And in New Brunswick the legislature established a Board of Health in the City and County of St. John and conferred on the Board authority to “purchase, build or hire” hospitals and power to regulate them: see *An Act to estab-*

sont remplies en raison du seul critère du contrôle. Il n’est cependant pas nécessaire que je le fasse puisque, selon moi, les critères de la fonction gouvernementale et de l’organisme gouvernemental renforcent encore la conclusion à laquelle j’arrive que la *Charte* s’applique au Vancouver General Hospital.

b) Le critère de la «fonction gouvernementale»

Comme je l’ai indiqué dans l’arrêt *McKinney*, le principe général régissant l’application du critère de la «fonction gouvernementale» veut qu’une fonction devienne gouvernementale parce que le gouvernement a décidé de la remplir, non parce que la fonction est gouvernementale de par sa nature même.

Au Canada, les gouvernements locaux et provinciaux ont pris en charge la santé publique en général et les hôpitaux en particulier depuis une époque antérieure à la Confédération. En 1830, par exemple, la législature du Haut-Canada affectait des fonds à l’hôpital de York fondé par le lieutenant-gouverneur sir John Colborne: voir *An Act to grant a sum of Money to His Majesty in aid of the York Hospital*, S.U.C. 1830, ch. 31. En Colombie-Britannique, l’assemblée législative a adopté en 1869 une loi qui accordait au lieutenant-gouverneur en conseil le pouvoir de créer des commissions locales d’hygiène et de réglementer les conditions d’hygiène et autres conditions dans les hôpitaux: voir *An Ordinance for promoting the Public Health in the Colony of British Columbia*, C.S.B.C. 1877, ch. 83. L’assemblée législative de la Colombie-Britannique a aussi adopté la *Insane Asylums Act*, C.S.B.C. 1888, ch. 61, pour pourvoir à l’établissement d’hôpitaux psychiatriques dans la province. Enfin, en 1888, elle a établi un régime complet de santé publique en vertu de la *Health Act*, R.S.B.C. 1897, ch. 91. En 1832, l’assemblée législative du Bas-Canada a adopté une loi pour pourvoir au fonctionnement de certains hôpitaux: voir *Acte pour affecter certaines sommes d’argent pour le soutien de l’Hôpital des Émigrés à Québec, et de l’Hôpital pour les cas de Fièvres à la Pointe Lévi, et pour d’autres fins y mentionnées*, S.B.-C. 1832, ch. 15. Au Nouveau-Brunswick, l’assemblée législative a créé une Commis-

lish a Board of Health in the City and County of Saint John, S.N.B. 1855, c. 40, s. 11.

Section 92(7) of the *Constitution Act, 1867*, gives the provinces exclusive jurisdiction over

92. ...

7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.

Pursuant to this grant of authority provincial legislatures have become increasingly involved over the years in the public health and hospital area. For example, in Manitoba the legislature enacted *The General Hospital Act*, C.S.M. 1880, c. 26, which established the Winnipeg General Hospital. The Nova Scotia legislature, through Title VI of the R.S.N.S. 1900, set up a regime of hospitals and public health regulation. Chapter 47 [*Of Local Hospitals*] Title IV provides that municipal and town councils shall be authorized to establish and support local public hospitals. In Ontario, the legislature provided financial aid to a number of hospitals through *The Charity Aid Act*, R.S.O. 1877, c. 223. They also ensured the government's right to inspect such facilities through *The Prison and Asylum Inspection Act*, R.S.O. 1877, c. 224, s. 14.

Finally, the administration of hospitals in the provinces is under the general authority of provincial Ministers of Health: see, for example, *Public Hospitals Act*, R.S.O. 1980, c. 410; *Hospitals Act*, R.S.A. 1980, c. H-11; *The Hospital Standards Act*, R.S.S. 1978, c. H-10; and *An Act Respecting the Ministère de la santé et des services sociaux*, R.S.Q., c. M-19.2.

This brief overview of the legislation in place both before and after Confederation leads me to conclude that the establishment and maintenance

sion d'hygiène dans la ville et le comté de St. John et lui a octroyé le pouvoir d'[TRADUCTION] «acquérir, construire ou louer» des hôpitaux et celui de les réglementer: voir *An Act to establish a Board of Health in the City and County of Saint John*, S.N.-B. 1855, ch. 40, art. 11.

Le paragraphe 92(7) de la *Loi constitutionnelle de 1867* accorde aux provinces la compétence exclusive sur

92. ...

7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;

En raison de cette attribution de compétence, les autorités provinciales se sont occupées de plus en plus au fil des ans de la santé publique et des hôpitaux. Par exemple, au Manitoba, l'assemblée législative a adopté *The General Hospital Act*, C.S.M. 1880, ch. 26 qui établit l'Hôpital général de Winnipeg. L'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse a établi, en vertu du Titre VI des R.S.N.S. 1900, une réglementation des hôpitaux et de la santé publique. Le chapitre 47 [*Of Local Hospitals*] du Titre VI édicte que les conseils municipaux des villes et villages auront l'autorité d'établir des hôpitaux publics locaux et de pourvoir à leur fonctionnement. En Ontario, l'assemblée législative a accordé une aide financière à plusieurs hôpitaux en vertu de *The Charity Aid Act*, R.S.O. 1877, ch. 223. L'Assemblée a aussi accordé au gouvernement le droit d'inspecter ces installations en vertu de *The Prison and Asylum Inspection Act*, R.S.O. 1877, ch. 224, art. 14.

Enfin, l'administration des hôpitaux dans les provinces relève de la compétence générale des ministres de la santé provinciaux: voir *Loi sur les hôpitaux publics*, L.R.O. 1980, ch. 410; la *Hospitals Act*, R.S.A. 1980, ch. H-11; *The Hospital Standards Act*, R.S.S. 1978, ch. H-10; et la *Loi sur le ministère de la santé et des services sociaux*, L.R.Q., ch. M-19.2.

Ce bref survol des lois adoptées avant et après la Confédération m'amène à conclure que la création

of hospitals is a traditional function of government.

(c) The “Statutory Authority and the Public Interest” Test

It has already been established that the Hospital is broadly empowered to conduct its affairs through its “enabling” statutes. It has also been established that government has traditionally assumed a responsibility for the provision of basic medical services to its citizens. Justification for state involvement in the public health field is not hard to find. Simply put, government has recognized for some time that access to basic health care is something no sophisticated society can legitimately deny to any of its members. Less philosophically, government has also recognized that the promotion and protection of health is crucial to the maintenance of a viable and productive society.

I believe that the fact that the Hospital is established and operates pursuant to statutory authority, is heavily regulated by government and discharges a traditional government function in the public interest brings it within the concept of “government” for purposes of s. 32. Regulation 5.04 is therefore subject to review under s. 15 of the *Charter*.

II. Does the Hospital’s Mandatory Retirement Policy Infringe Section 15 of the *Charter*?

The Hospital’s power to retire the physicians who practise at the Hospital is found in ss. 5 and 6 of the *Vancouver General Hospital Act* which empowers the Board of Trustees to pass by-laws for the purposes of managing the property and affairs of the Hospital. The Board approved of Medical Staff Regulation 5.04 which was further approved by the Minister. Regulation 5.04 provides:

5.04 Retirement: Members of the Staff shall be expected to retire at the end of the appointment year in which they pass their 65th birthday. Members of the Staff who wish to defer their retirement may make special application to the Board. The Board shall request the Medical Advisory Committee for a recommendation in each such case. The Medical Advisory Committee shall, in making its recommendation, consider the report of a personal

et l’entretien des hôpitaux est une fonction traditionnelle de gouvernement.

c) Le critère de la «compétence législative et de l’intérêt public»

Il a déjà été mentionné que l’hôpital appelant possède des pouvoirs généraux relativement à son exploitation en vertu de ses lois «habilitantes». Il a aussi été établi que le gouvernement a, par tradition, joué un rôle dans la prestation des soins médicaux essentiels à ses citoyens. La justification de l’intervention de l’État dans le domaine de la santé publique n’est pas difficile à établir. En bref, le gouvernement a reconnu depuis un certain nombre d’années que l’accès aux soins de santé essentiels est un service dont aucune société évoluée ne peut légitimement priver ses citoyens. D’une façon plus pratique, le gouvernement reconnaît aussi que l’avancement et la protection de la santé favorisent le maintien d’une société productive et saine.

À mon sens, comme l’hôpital appelant existe et fonctionne en vertu de lois, comme il est strictement réglementé par le gouvernement et remplit une fonction traditionnellement propre au gouvernement dans l’intérêt public, il s’inscrit dans la notion de «gouvernement» pour les fins de l’art. 32. Le règlement 5.04 est donc susceptible de révision en vertu de l’art. 15 de la *Charte*.

II. La politique de retraite obligatoire de l’hôpital appelant enfreint-elle l’art. 15 de la *Charte*?

La capacité qu’a l’hôpital appelant de mettre à la retraite les médecins qui y exercent découle des art. 5 et 6 de la *Vancouver General Hospital Act* qui accorde au conseil d’administration le droit d’adopter des règlements relatifs à la gestion des biens et des affaires de l’hôpital. Le conseil a approuvé le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations, qui a aussi été approuvé par le ministre. Le règlement 5.04 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 5.04 La retraite: Les membres du personnel sont censés prendre leur retraite à la fin de l’année d’exercice au cours de laquelle ils atteignent 65 ans. Les membres du personnel qui veulent reporter leur mise à la retraite peuvent présenter une demande spéciale au conseil d’administration, qui demande la recommandation du «conseil consultatif médical» dans chaque cas. Avant de faire sa recommandation, le conseil con-

interview which shall take place between the applicant and the Department Head concerned which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant.

As was the case in *McKinney*, it is unnecessary for me to determine whether s. 15(1) would apply in the absence of a legislative provision mandating or permitting the discriminatory action complained of. In the context of these appeals it is evident that the power to retire flows from the *Vancouver General Hospital Act* and the Regulation passed pursuant to it.

Turning now to the question whether Regulation 5.04 infringes s. 15(1), it is to be noted that the constitutional questions posed by Chief Justice Dickson regarding the application of s. 15(1) of the *Charter* embrace two possibilities: whether Regulation 5.04 is on its face contrary to s. 15(1); and whether the way in which the Regulation is administered violates the equality guarantee. The constitutional questions are posed in this way because of the unique structure of the Regulation. The Regulation differs from the provisions at issue in *McKinney* in that it contemplates by its terms exceptions to the general rule that members of the medical staff are required to retire at age 65. Specifically, the Regulation stipulates that members of the staff who wish to retain their admitting privileges may make special application to the Medical Advisory Committee to permit them to stay on at the Hospital. The Regulation provides that the Committee shall conduct a personal interview which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant. Based on this interview the Committee makes a recommendation to the Board.

Is the Regulation, apart from the manner in which it has been administered, contrary to s. 15(1)? In *McKinney* the provisions at issue were found to infringe s. 15(1) because they reinforced the stereotype of older workers as incompetent and were therefore discriminatory within the meaning of s. 15(1): see *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296. Senior academics were

sultatif médical tient compte du rapport d'une entrevue personnelle entre le requérant et le chef de département concerné, y compris un rapport de l'état de santé et du rendement continu du requérant.

^a Comme dans l'arrêt *McKinney*, il n'est pas nécessaire que je décide si le par. 15(1) s'appliquerait en l'absence d'une disposition législative qui permet ou ordonne l'acte discriminatoire contesté. Dans le contexte des présents pourvois, il est évident que le pouvoir qu'a l'hôpital appelant de mettre à la retraite découle de la *Vancouver General Hospital Act* et de son règlement d'application.

^c Quant à ce qui est de savoir si le règlement 5.04 enfreint le par. 15(1), il faut remarquer que les questions constitutionnelles établies par le juge en chef Dickson au sujet de l'application du par. 15(1) de la *Charte* envisagent deux possibilités: ^d que le règlement 5.04 soit contraire au par. 15(1) de la *Charte* par sa rédaction même et que la façon d'appliquer le règlement viole la garantie d'égalité. Les questions constitutionnelles sont ainsi formulées vu la conception particulière du règlement. ^e Celui-ci se distingue des dispositions contestées dans l'arrêt *McKinney* en ce que le règlement lui-même prévoit une exception à la règle générale qui oblige le personnel médical à prendre sa retraite à l'âge de 65 ans. Le règlement dit précisément que les médecins qui veulent conserver leurs privilèges d'admission peuvent présenter une demande spéciale au conseil consultatif médical afin d'être autorisés à continuer d'exercer leur profession à l'hôpital appelant. Le règlement précise que le conseil doit faire subir une entrevue personnelle qui comporte un examen de la santé et du rendement du demandeur. En fonction des résultats de l'entrevue, le conseil consultatif ^h soumet une recommandation au conseil d'administration.

Le règlement est-il contraire au par. 15(1) indépendamment de la manière dont il est appliqué? ⁱ Dans l'arrêt *McKinney*, les dispositions contestées ont été jugées contraires au par. 15(1) parce qu'elles renforcent le préjugé que les travailleurs âgés sont incompetents et, par conséquent, ont été jugées discriminatoires au sens du par. 15(1): voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143 et *R. c. Turpin*, [1989] 1

compelled to retire irrespective of their individual capabilities and solely upon the basis of their having advanced in years. The interests which the guarantee of equality embodied in s. 15 were meant to protect, i.e., human dignity and the sense of self-worth and self-esteem, were thus violated. In this case, on the other hand, provision has in fact been made to permit senior physicians to retain their hospital privileges and thus continue the practice of their profession so long as they are capable of performing satisfactorily. The question therefore becomes whether Regulation 5.04 is discriminatory in spite of the fact that it provides an exception for those who can demonstrate individual capacity to perform. Put another way, can it be said that the Regulation discriminates even although it invokes the concept of individual merit and ability rather than the stereotype of older physicians as incompetent? In my view, the answer to this question is "yes".

It seems to me that in considering whether a provision violates s. 15(1) the Court should be wary of underestimating the discriminatory effect of any given measure. Here, for instance, even although the Regulation provides on its face for non-discriminatory exceptions, the principle behind the measure remains constitutionally unsound. By its terms Regulation 5.04 stipulates that staff are expected to retire at age 65. In this way the unarticulated premise remains that with increasing age comes increasing incompetence and decreasing ability. That the Regulation provides for exceptions does not, in my view, detract from the fact that the central concept animating the provision falls foul of s. 15(1).

This difficulty with the Regulation is compounded by the fact that it goes on to direct those who wish to continue to work to demonstrate that the stereotype does not apply to them. It seems to me clearly discriminatory to impose this burden upon those who already suffer the burden of stereotype and prejudice (and who thereby have suffered a blow to their sense of self-worth and self-esteem as useful and productive citizens).

R.C.S. 1296. Les professeurs d'université âgés étaient tenus de prendre leur retraite quelles que soient leurs capacités personnelles uniquement parce qu'ils avaient atteint un âge déterminé. Les intérêts que le droit à l'égalité consacré par l'art. 15 vise à protéger, c'est-à-dire la dignité et le sens de l'estime de soi et de sa propre valeur, se trouvaient violés. En l'espèce, d'autre part, le règlement donne aux médecins âgés la possibilité de conserver leurs privilèges auprès de l'hôpital et ainsi de continuer à exercer leur profession pourvu que leur rendement soit satisfaisant. La question est donc de savoir si le règlement 5.04 est discriminatoire même s'il permet une exception en faveur de ceux qui se montrent capables d'exercer leur profession. Autrement dit, peut-on dire que le règlement est discriminatoire même s'il fait appel aux notions de mérite individuel et de compétence plutôt qu'au stéréotype du médecin âgé, donc incompetent? À mon avis, la réponse à cette question est «oui».

Il me semble que pour déterminer si une disposition enfreint le par. 15(1) la Cour doit se garder de sous-estimer l'effet discriminatoire d'une mesure donnée. En l'espèce, par exemple, même si le règlement prévoit des exceptions non discriminatoires, le principe de la mesure contestée demeure vicié du point de vue constitutionnel. Par sa rédaction même, le règlement 5.04 affirme que les médecins sont censés prendre leur retraite à 65 ans. De cette façon, la prémisse sous-entendue reste que le vieillissement entraîne peu à peu l'incompétence et la diminution des capacités. Bien que le règlement prévoie des exceptions, il n'en reste pas moins, selon moi, que la notion principale sous-jacente à la disposition enfreint le par. 15(1).

Ce problème que le règlement pose est amplifié du fait qu'il exige en plus de ceux qui veulent continuer d'exercer leur profession qu'ils démontrent que le préjugé en cause ne s'applique pas à eux. Il me semble manifestement discriminatoire d'imposer ce fardeau à ceux qui sont déjà victimes d'un préjugé (et qui, en conséquence, sont déjà atteints dans l'estime qu'ils se portent et dans la perception de leur valeur propre en tant que citoyens utiles et productifs).

The Court of Appeal also found that Regulation 5.04 was on its face in violation of s. 15(1) although for different reasons. The Court of Appeal noted that the operation of the exemption contained in the Regulation was not confined to issues of competence alone and therefore permitted consideration of irrelevant factors by the Board. In other words, health and continuing performance were factors to be included in the determination of whether a particular individual would be allowed to retain his or her admitting privileges, but they were not the sole basis upon which these reviews were to be conducted. I agree with this analysis and find that it provides further support for my conclusion that Regulation 5.04 is discriminatory on its face.

I should add, however, that I do not consider schemes such as that embodied in this Regulation to be on the same footing as "blanket rules" like those at issue in *McKinney*. In my opinion, any mechanism which seeks to take account of individual differences is preferable to one that flatly denies opportunities on the basis of stereotypical and prejudicial notions of ability. It should be emphasized, however, that the merits of exemption schemes are irrelevant to whether or not there has been a violation of s. 15(1). Exemption schemes such as that contemplated by Regulation 5.04 are properly a matter for consideration under s. 1 of the *Charter*.

Turning now to the question whether Regulation 5.04 was administered in a manner contrary to the *Charter*, I think the answer to this question is also "yes". The evidence is clear that the Regulation has been applied by the Board in a discriminatory fashion. The Court of Appeal found that the Board interpreted the provision as a mandatory retirement policy. Its practice was to terminate admitting privileges at age 65 subject to a finding not only that the applicant was of good health and performing satisfactorily, but also that the applicant possessed "unique" skills. Clearly the manner of application of Regulation 5.04 adopted by the Board is discriminatory because it perpetuates and reinforces the stereotype identified earlier of older workers as incompetent.

La Cour d'appel a aussi conclu, quoique pour des motifs différents, que le règlement 5.04 enfreint le par. 15(1) par sa rédaction même. Elle a signalé que l'application de l'exception portée au règlement ne se limitait pas exclusivement à des questions de compétence, mais qu'elle permettait au conseil de prendre en compte des facteurs non pertinents. En d'autres termes, la santé et le rendement constant d'une personne en particulier comptaient au nombre des facteurs servant à déterminer si elle pouvait être autorisée à conserver ses privilèges d'admission, mais ils ne constituaient pas les seuls sujets de l'examen. Je souscris à cette analyse et je trouve qu'elle étaye la conclusion à laquelle j'arrive que le règlement 5.04 est discriminatoire par sa rédaction même.

Je dois ajouter cependant que je ne considère pas que les régimes semblables à celui que ce règlement contient sont sur le même pied que les «règles générales» contestées dans l'arrêt *McKinney*. À mon avis, tout mécanisme qui cherche à tenir compte des différences particulières est préférable à celui qui écarte carrément toute possibilité en vertu de notions d'habileté fondées sur des idées préconçues et des préjugés. Il faut cependant souligner que le bien-fondé des régimes d'exception n'est pas pertinent à la question de savoir s'il y a ou non violation du par. 15(1). Les régimes d'exception comme celui que prévoit le règlement 5.04 sont des questions qui se prêtent à un examen fondé sur l'article premier de la *Charte*.

Quant à savoir si le règlement 5.04 a été appliqué d'une manière contraire à la *Charte*, je crois qu'il faut aussi répondre «oui». La preuve indique manifestement que le conseil d'administration a appliqué le règlement de manière discriminatoire. La Cour d'appel a conclu que le conseil a vu dans ces dispositions une politique de retraite obligatoire. Il avait l'habitude de mettre fin aux privilèges d'admission des médecins ayant atteint 65 ans sauf si, en plus d'être en bonne santé et de bien remplir leurs fonctions, ils possédaient une compétence «particulière». Manifestement, la façon dont le conseil appliquait le règlement était discriminatoire parce qu'elle perpétuait et renforçait le stéréotype déjà mentionné voulant que les travailleurs âgés soient incompetents.

I find that Regulation 5.04 violates s. 15(1) both in terms and in the manner in which those terms have been interpreted and applied.

III. Is the Hospital's Mandatory Retirement Policy Reasonable and Demonstrably Justifiable Under Section 1 of the Charter?

Section 1 of the *Charter* provides:

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

The factors to be considered by the Court in applying s. 1 were first set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The *Oakes* "test" was succinctly summarized by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, as follows:

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

It is this test that must be applied in ascertaining whether the Hospital's mandatory retirement policy meets the requirements of s. 1 of the *Charter*.

1. *Objectives*

The Hospital cites two objectives which its policy of retiring physicians at age 65 is meant to serve. First, it maintains that it is crucial that the

Je conclus que le règlement 5.04 enfreint le par. 15(1) tant par son libellé que par la façon dont il a été interprété et appliqué.

III. La politique de retraite obligatoire appliquée par l'hôpital appelant est-elle raisonnable et justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

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

Les facteurs dont la Cour doit tenir compte dans l'application de l'article premier sont énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le juge en chef Dickson a bien résumé le critère de l'arrêt *Oakes* dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768:

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

C'est ce critère qu'il faut appliquer pour déterminer si la politique de retraite obligatoire de l'hôpital appelant satisfait aux exigences de l'article premier de la *Charte*.

1. *Les objectifs*

L'hôpital appelant mentionne deux objectifs que sa politique de retraite obligatoire des médecins à 65 ans vise à atteindre. D'abord, l'hôpital soutient

Hospital, as an acute care and teaching hospital, provide the highest standard of modern medical care, education and research. The evidence establishes that the Vancouver General Hospital has developed as a highly specialized institution providing unique treatment services which other hospitals in the Province are unable to offer. It is a hospital of last resort, so to speak, for patients with specialized medical problems. I do not think it can be seriously questioned that this objective is of sufficient importance to override *Charter* rights and freedoms. It is an objective of "pressing and substantial" proportions and therefore meets the first branch of the *Oakes* test.

The Hospital also suggests that another objective of Regulation 5.04 is the promotion of opportunities for other (younger) physicians to practise medicine. The appellant argues that the Hospital can only accommodate a fixed number of medical personnel. Accordingly, if senior physicians are permitted to retain their admitting privileges, opportunities will as a necessary consequence be denied to younger physicians. In *McKinney* a similar argument was raised respecting the reduction of employment opportunities for younger academics. As in that case, my colleague La Forest J. has accepted that the Hospital is a "closed system" and therefore that permitting senior physicians to continue their relationship with the Hospital will necessarily result in junior physicians being denied opportunities. The evidence in this case, however, does not support this. It was accepted by both the trial judge and the Court of Appeal that permitting the respondents to retain their hospital privileges would not prevent other physicians from gaining admitting privileges.

This Court has recognized that in some situations evidence need not be led to prove government's assertion that there exists a pressing and substantial concern that must be addressed. Indeed, the gravity of a problem may be self-evident and the Court may simply take judicial notice of it. Where, however, a serious question is raised

qu'il est essentiel qu'à titre d'hôpital d'enseignement et de soins de courte durée, les soins médicaux, la formation et la recherche qu'il dispense répondent aux normes contemporaines les plus élevées. La preuve démontre que le Vancouver General Hospital est devenu un établissement hautement spécialisé qui dispense des traitements uniques que les autres hôpitaux de la province ne peuvent offrir. C'est un hôpital de dernier recours, dans un certain sens, pour les patients ayant des problèmes médicaux particuliers. Je ne crois pas qu'on puisse sérieusement contester que cet objectif a suffisamment d'importance pour l'emporter sur les droits et libertés garantis par la *Charte*. C'est donc un objectif assez «urgent et réel» pour satisfaire à la première partie du critère de l'arrêt *Oakes*.

L'hôpital appelant mentionne aussi que le règlement 5.04 vise à offrir à d'autres médecins (plus jeunes) la possibilité d'exercer leur profession. En effet, l'hôpital appelant soutient qu'il ne peut recevoir qu'un nombre limité de médecins. Conséquemment, s'il permet aux médecins plus âgés de garder leurs privilèges d'admission, les médecins plus jeunes auront forcément moins de possibilités. Dans l'arrêt *McKinney*, on a invoqué un argument semblable au sujet de la diminution des possibilités d'emploi pour les professeurs plus jeunes. Comme dans cette affaire-là, mon collègue le juge La Forest a accepté l'argument que l'hôpital appelant constitue un «système fermé» et que s'il est permis aux médecins plus âgés de continuer à y exercer, il en résultera forcément moins de chances d'avancement pour les médecins plus jeunes. La preuve en l'espèce n'étaye toutefois pas cet argument. Le juge de première instance et la Cour d'appel ont conclu l'un et l'autre que permettre aux intimés de garder les privilèges que l'hôpital leur accorde n'empêcherait pas d'autres médecins d'avoir le privilège de faire admettre des patients.

Notre Cour a déjà reconnu que, dans certaines situations, il n'est pas nécessaire de présenter des éléments de preuve au soutien de l'affirmation du gouvernement qu'il existe une préoccupation «urgente et réelle». En effet, la gravité d'un problème peut être évidente et la Cour peut simplement en prendre connaissance d'office. Cependant, lors-

as to whether a pressing concern as alleged in fact exists, it is incumbent on the party bearing the burden of proof under s. 1 to establish the pressing and substantial concern. In my view, where there is no evidence to support the allegation that a significant problem exists, the first branch of the *Oakes* test will not be met. The purpose behind this branch of the *Oakes* test is to ensure that constitutional rights and freedoms will only be sacrificed where it is reasonable and justifiable to do so. The concept of constitutional entrenchment requires that rights and freedoms be curtailed only in response to real and not illusory problems. In my view, therefore, this Court cannot, absent some form of proof, give effect to the Hospital's claim that its system is "closed". Consequently, it remains to be determined whether the infringement of the respondent physician's equality rights is proportional to the Hospital's aim of providing high quality health care.

2. *Means*

(a) Rational Connection

Is there a rational connection between the imposition of mandatory retirement and ensuring a high standard of medical care, education and research? The appellant Hospital argues that the infusion of young physicians carries with it the infusion of new discoveries and new ideas. It maintains that retiring senior physicians from and introducing junior physicians to the hospital system will upgrade the quality of medical service. I accept that there is a rational connection in this case between the objective sought to be achieved and the means adopted to achieve it. However, I wish to deal briefly with the implications of this conclusion.

First, it should be emphasized that the question whether a basis exists for treating groups in a discriminatory manner is not a concern of s. 15 but of s. 1. Section 15 deals with prejudice, disadvantage and stereotype regardless of its origin and s. 1 deals with its justification.

que l'existence de la préoccupation urgente invoquée suscite un doute sérieux, il incombe à la partie chargée du fardeau de la preuve en vertu de l'article premier d'établir qu'il existe bien une préoccupation urgente et réelle. À mon avis, quand il n'y a pas de preuve pour étayer l'allégation qu'il existe un problème important, le premier volet du critère de l'arrêt *Oakes* n'est pas respecté. L'objet de ce premier volet est d'assurer que les droits et libertés garantis par la Constitution ne seront sacrifiés que s'il est raisonnable et justifiable de le faire. La notion de la consécration des droits et libertés par la constitution exige que ceux-ci ne soient limités qu'en raison de problèmes réels et non illusoire. J'estime donc que notre Cour ne peut, sans aucune sorte de preuve, admettre la prétention de l'hôpital appelant qu'il constitue un système «fermé». En conséquence, il reste à déterminer s'il existe un lien de proportionnalité entre la violation des droits à l'égalité des médecins intimés et le but visé par l'hôpital de fournir des soins de haute qualité.

e 2. *Les moyens*

a) Le lien rationnel

Existe-t-il un lien rationnel entre l'imposition de la retraite obligatoire et la recherche de l'excellence en matière de formation, de recherche et de soins médicaux? L'hôpital appelant soutient que la présence de jeunes médecins implique l'apport de nouvelles découvertes et de nouvelles idées. Il soutient que la mise à la retraite des médecins âgés et la venue de jeunes médecins à l'hôpital aura pour effet d'améliorer la qualité des soins médicaux. Je reconnais qu'il y a un lien rationnel en l'espèce entre l'objectif poursuivi et les moyens adoptés pour le réaliser. Cependant, je veux expliquer brièvement les conséquences de cette conclusion.

i D'abord, il faut souligner que la question de savoir s'il existe un motif de traiter des groupes de façon discriminatoire ne relève pas de l'art. 15, mais de l'article premier. L'article 15 porte sur les préjugés, les désavantages et les stéréotypes quelle que soit leur origine et l'article premier porte sur leur justification.

I believe also that the question whether the foundations of prejudice are based upon observable, reliable facts is one which this Court should approach in the most cautious manner. Throughout these appeals the parties have grappled with the question of the extent to which age and ability correlate. It is, in my view, a matter of common knowledge that with the aging process comes some measure of change in ability, although, of course, the nature and extent of that change varies from individual to individual. Even although I am prepared to accept that the rational connection branch of the *Oakes* test has been met in this case, I would not wish to be understood as suggesting that all infringements of equality have some basis in fact and that a rational connection between various objectives and stereotypes will in all cases be established. Indeed, this Court will doubtless be obliged in future to address whether other forms of discrimination based on different grounds have any foundation in biology or whether they are premised instead on misplaced notions about the nature and abilities of various groups. This is a most delicate determination. History unfortunately demonstrates how easily such misperceptions can be accepted with untold costs. It cannot be overemphasized, in my opinion, that this matter is fraught with difficulty and that the utmost care has to be taken in dealing with such questions.

For example, close scrutiny of the rational connection being advanced may take place in at least two ways. Vigilance should be exercised in examining the nature of the correlation advanced. It seems to me that in this case the deleterious effects of age have been painted with too broad a brush. The Hospital argues that with increasing age comes a decrease in all skills associated with the practice of medicine. This cannot be so. Diagnostic ability, for example, may actually increase with years in practice. Similarly, the Court should carefully scrutinize assertions regarding the extent of the relationship between the grounds of the infringement and its justification. For example, in this case a line has been drawn by the appellant Hospital at age 65. It seems to me that different considerations might prevail had the retirement age been set at 80.

Je crois aussi que notre Cour doit agir avec beaucoup de prudence quand il s'agit de savoir si le fondement d'une idée préconçue s'appuie sur des faits observables et exacts. Tout au long de ces pourvois, les parties se sont interrogées sur la mesure dans laquelle l'âge et l'habileté sont liés. Il est, d'après moi, généralement reconnu que le vieillissement amène un certain changement des capacités même si, il va de soi, la nature et l'étendue du changement varient d'une personne à l'autre. Même si je suis prête à reconnaître que l'exigence du critère de l'arrêt *Oakes* relative au lien rationnel est respectée en l'espèce, je ne veux pas que l'on comprenne que toutes les atteintes à l'égalité ont quelque fondement dans des faits et qu'un lien rationnel entre divers objectifs et idées préconçues sera prouvé dans tous les cas. Certes, notre Cour sera sans doute appelée plus tard à juger si d'autres formes de discrimination appuyées sur d'autres motifs ont un fondement biologique ou si elles sont plutôt fondées sur de fausses notions sur la nature et l'habileté de différents groupes. C'est une des questions les plus délicates à déterminer. L'histoire nous enseigne à quel point ces fausses idées peuvent être dommageables. On ne saurait trop souligner, selon moi, que ces sujets sont difficiles et qu'il faut les aborder avec une extrême prudence.

Ainsi, un examen minutieux du lien rationnel proposé peut se faire d'au moins deux façons. Il faut être prudent au moment d'examiner le lien proposé. Il me semble qu'en l'espèce on a dépeint à trop grands traits les effets néfastes du vieillissement. L'hôpital appelant soutient que le vieillissement emporte une diminution de toutes les capacités liées à l'exercice de la médecine. Ce ne peut pas être le cas. Par exemple, l'habileté d'établir un diagnostic peut de fait augmenter avec l'expérience. De même, la Cour doit-elle examiner de façon critique les prétentions au sujet de la solidité du lien entre les motifs de l'atteinte aux libertés et sa justification. En l'espèce, par exemple, l'hôpital appelant a établi une limite fixe à l'âge de 65 ans. Il me semble qu'il aurait fallu tenir compte d'autres facteurs si on avait fixé l'âge de la retraite à 80 ans.

All of this is merely to say that the role the rational connection branch of the proportionality test is meant to serve should not be forgotten. Its purpose is to engage the Court in an examination of whether government is proceeding logically in the pursuit of its aims. Technically, all the rational connection branch of s. 1 requires is a demonstration that there is some logical connection, however slight, between the objective and the means by which it is sought to be achieved. When, however, the inquiry turns to other elements of the *Oakes* test, the quality and extent of the connection becomes crucial.

In this case, as I have indicated, I am prepared to conclude that there does exist a rational connection between the desire to provide top quality medical care and the decision to have such care provided substantially by younger members of the medical profession. The real issue, in my view, is whether reliance upon these generalized notions of ability is justifiable. I turn then to consider whether the means chosen by the Hospital impairs the rights of the respondent doctors as little as possible.

(b) Minimal Impairment

In *Edwards Books, supra*, and *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court recognized that a strict application of the minimal impairment branch of the *Oakes* test is not always appropriate. My colleague La Forest J. has characterized the issue at stake in this appeal as falling within the class of exceptional cases envisioned in *Edwards Books* and *Irwin Toy* and concluded therefore that the more generous standard of review contemplated by those decisions should apply. In effect, he sees the question which this Court must address as the efficacy of the policy of mandatory retirement in a closed system with limited resources. For the reasons I gave in *McKinney* I must respectfully disagree with him that this is an appropriate case for the relaxation of the minimal impairment test.

Tout ceci vise seulement à rappeler qu'il ne faut pas perdre de vue le rôle que doit jouer le volet du lien rationnel que comprend le critère de la proportionnalité. Son rôle consiste à inviter la Cour à déterminer si le gouvernement procède de façon logique dans la poursuite du but qu'il vise. Techniquement, tout ce qu'exige la partie de l'article premier quant au lien rationnel, c'est la démonstration d'un lien logique quelconque, si petit soit-il, entre l'objectif poursuivi et les moyens employés pour le réaliser. Cependant, au moment d'examiner les autres éléments du critère de l'arrêt *Oakes*, la vigueur et l'étendue du lien deviennent déterminants.

En l'espèce, comme je l'ai déjà mentionné, je suis prête à conclure qu'il existe un lien rationnel entre l'intention de fournir des soins médicaux de haute qualité et la décision de faire prodiguer ces soins en grande partie par des médecins plus jeunes. La vraie question en litige est, selon moi, de savoir si le recours à ces notions générales relatives aux capacités est fondé. Je me demanderai donc si le moyen choisi par l'hôpital appelant porte atteinte le moins possible aux droits des médecins intimés.

b) L'atteinte minimale

Dans les arrêts *Edwards Books*, précité, et *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a reconnu qu'il ne convient pas toujours d'appliquer strictement la partie du critère de l'arrêt *Oakes* qui porte sur l'atteinte minimale. Mon collègue, le juge La Forest, a estimé que la question en litige dans les présents pourvois appartient à la catégorie des cas d'exception dont parlent les arrêts *Edwards Books* et *Irwin Toy*, et il a donc conclu qu'il faut appliquer la norme d'examen plus généreuse énoncée dans ces arrêts. En somme, il considère que la question que notre Cour doit résoudre est celle qui porte sur l'efficacité d'une politique de retraite obligatoire dans un système fermé disposant de ressources limitées. Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *McKinney*, je ne saurais partager son avis qu'il y a lieu, en l'espèce, d'assouplir le critère de l'atteinte minimale.

As I have already noted, it has not been established that the Hospital is in fact a "closed system". On the contrary, the evidence demonstrated that permitting the respondent physicians to retain their admitting privileges would have absolutely no effect on the availability of practice opportunities for doctors embarking upon their careers. That being the case, I see no reason in fact or in law for applying a deferential standard of review. For the same reasons as I expressed in *McKinney*, I hasten to add that, even if it were accepted in principle that the *Irwin Toy* standard should apply, the record simply does not reveal any evidentiary basis for deviating from *Oakes*. No suggestion has been made that positions freed up through retirement have been filled by younger physicians who would otherwise have experienced limited employment opportunities due to senior physicians being permitted to practise their profession beyond age 65. In my opinion, therefore, the minimal impairment test as articulated in *Oakes* should apply.

The issue therefore comes down to this: Even accepting that there is some correlation between age and ability (a correlation which has, in my view, been overstated by the Hospital), is there not some other way of achieving the objective of high quality medical care which recognizes and takes account of the abilities of individual doctors aged 65 and over? I think the answer to this question is plainly "yes".

In *McKinney* the appellants suggested alternative ways of dealing with the objective of faculty renewal. The situation in these appeals is somewhat different in that the doctors are not suggesting that the Hospital attempt some new, untried mechanism for ensuring that the Hospital meet its goal of providing high quality medical care. Instead, they are merely asking that the Hospital revert back to its former way of implementing its objectives. Before Regulation 5.04 was enacted the Hospital dealt with the issue of physician competency in the following manner. Admitting privileges, once granted, were renewed on an

Comme je l'ai déjà fait remarquer, on n'a pas fait la preuve que l'hôpital appelant constitue en réalité un «système fermé». Au contraire, la preuve indique que permettre aux médecins intimés de garder leur privilège d'admission n'aurait aucun effet sur les possibilités d'exercice de la médecine qui s'offrent aux médecins qui commencent leur carrière. Puisqu'il en est ainsi, je ne vois pas de motif de fait ou de droit d'appliquer un critère d'examen déférentiel. Pour les mêmes motifs que j'ai exprimés dans l'arrêt *McKinney*, je me hâte d'ajouter que, même si l'on acceptait le principe que le critère de l'arrêt *Irwin Toy* devrait s'appliquer, le dossier ne comporte aucun élément de preuve qui permettrait de s'écarter du critère de l'arrêt *Oakes*. On n'a pas soutenu que les postes libérés par les mises à la retraite ont été occupés par des médecins plus jeunes qui autrement n'auraient pas eu les mêmes chances d'exercer leur profession, étant donné que des médecins plus âgés étaient autorisés à exercer leur profession au-delà de l'âge de 65 ans. Donc, à mon avis, le critère de l'atteinte minimale énoncé dans l'arrêt *Oakes* doit s'appliquer.

La question en litige se ramène donc à ceci: même si l'on reconnaît qu'il existe un certain lien entre l'âge et les capacités (un lien sur lequel l'hôpital appelant a, selon moi, trop insisté), n'y a-t-il pas quelque autre moyen de fournir, tel que souhaité, des soins médicaux de haute qualité qui permettrait de reconnaître et de prendre en considération les capacités des médecins âgés de 65 ans et plus? Je crois que la réponse à cette question est manifestement «oui».

Dans l'arrêt *McKinney*, les professeurs appelants ont proposé des moyens subsidiaires d'arriver au renouvellement du corps enseignant. La situation dans les présents pourvois est un peu différente parce que les médecins n'ont pas proposé que l'hôpital appelant ait recours à un nouveau mécanisme non éprouvé pour fournir comme il le souhaite des soins médicaux de haute qualité. Il ont plutôt demandé que l'hôpital appelant revienne à son ancienne méthode de réaliser son objectif. Avant l'adoption du règlement 5.04, l'hôpital appelant réglait ainsi la question relative aux capacités des médecins. Les privilèges d'admission des

annual basis. Renewal was assured so long as the Board was satisfied that the staff member was in good health and had the ability to continue performing safely and competently. In addition, internal auditing procedures were in place under which Department Heads had responsibility for ensuring the competency of the staff. This practice, which applied to physicians of all ages, was changed in 1984 when the Minister approved Regulation 5.04.

Why did the Hospital change this practice of treating the competency of all doctors on the same footing? It would appear that the primary reason for the change was that it was administratively convenient to remove incompetent physicians through the mechanism of mandatory retirement rather than staging annual performance reviews as had previously been done. There is no evidence that the former practice had been unsatisfactory in terms of "weeding out" incompetent doctors.

This Court has established that administrative convenience is not an adequate reason for sacrificing *Charter* rights and freedoms. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, the federal government had adopted a procedure respecting immigration claims which violated s. 7 of the *Charter* and cited administrative convenience as the reason. At pages 218-19 of my reasons I stated:

Certainly the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient to do so. No doubt considerable time and money can be saved by adopting administrative procedures which ignore the principles of fundamental justice but such an argument, in my view, misses the point of the exercise under s. 1. The principles of natural justice and procedural fairness which have long been espoused by our courts, and the constitutional entrenchment of the principles of fundamental justice in s. 7, implicitly recognize that a balance of administrative convenience does not override the need to adhere to these principles.

patients, une fois accordés, étaient renouvelables chaque année. Le renouvellement avait lieu à la condition que le conseil soit convaincu que l'intéressé était en bon état de santé et qu'il avait la capacité de continuer de remplir ses fonctions avec prudence et compétence. De plus, il existait des procédures de vérification interne qui rendaient les chefs des départements responsables du contrôle de la compétence du personnel. Cette méthode, qui s'appliquait aux médecins de tous âges a été modifiée en 1984 par l'approbation du règlement 5.04 par le ministre.

Pourquoi l'hôpital appelant a-t-il modifié sa méthode de traiter les capacités de tous les médecins de la même façon? Il semblerait que la raison principale du changement tient à la commodité administrative qu'il y a à écarter les médecins incompetents par le mécanisme de la retraite obligatoire plutôt qu'en organisant des examens annuels du rendement comme on le faisait auparavant. Il n'y a pas d'élément de preuve indiquant que la pratique antérieure n'ait pas donné satisfaction lorsqu'il s'agissait d'éliminer les médecins incompetents.

Notre Cour a statué que la commodité administrative n'est pas un motif valable de supprimer des droits et libertés garantis par la *Charte*. Dans l'affaire *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le gouvernement fédéral avait suivi une procédure applicable aux demandes d'immigration qui violait l'art. 7 de la *Charte* et il a invoqué la commodité administrative comme justification. J'ai dit, aux pp. 218 et 219 de mes motifs:

Les garanties de la *Charte* seraient certainement illusoi-res s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative. Il est sans doute possible d'épargner beaucoup de temps et d'argent en adoptant une procédure administrative qui ne tient pas compte des principes de justice fondamentale, mais un tel argument, à mon avis, passé à côté de l'objet de l'art. 1. Les principes de justice naturelle et d'équité en matière de procédure que nos tribunaux ont adoptés depuis longtemps et l'enchâssement constitutionnel des principes de justice fondamentale à l'art. 7 comportent la reconnaissance implicite que la prépondérance des motifs de commodité administrative ne l'emporte pas sur la nécessité d'adhérer à ces principes.

In my opinion, these comments apply with equal force to the guarantee of equality embodied in s. 15(1). It seems to me that it will always be more convenient from an administrative point of view to treat disadvantaged groups in society as an indistinguishable mass rather than to determine individual merit. But s. 15(1) demands otherwise. In discrimination claims of the kind involved here, if the guarantee of equality is to mean anything, it must at least mean this: that wherever possible an attempt be made to break free of the apathy of stereotyping and that we make a sincere effort to treat all individuals, whatever their colour, race, sex or age, as individuals deserving of recognition on the basis of their unique talents and abilities. Respect for the dignity of every member of society demands no less.

The comments made in *Singh* also have an important bearing on the issue of minimal impairment. Under this branch of the *Oakes* test the question is whether other means are available to achieve the objective which impinge upon *Charter* rights less severely. Here, the past practice of the appellent Hospital both served its objective and respected the Constitution. The high calibre of the medical staff was ensured by subjecting all physicians to regular review of their performance. And the equality rights of the respondents were ensured by not subjecting them to the arbitrary forces of prejudice. It seems to me indisputable that where the sole reason for a change from a constitutionally sound to a constitutionally unsound system is administrative convenience, the minimal impairment branch of the proportionality test cannot be satisfied.

I should note that these comments are in no way meant to suggest that the only constitutionally permissible method of dealing with the issue of incompetency is by way of annual reviews of performance. It must be emphasized that had Regulation 5.04 been phrased and interpreted as establishing 65 as the presumptive age of retirement but allowing those aged 65 and over to retain their hospital privileges so long as they were found

À mon avis, ces commentaires s'appliquent avec autant de vigueur aux libertés garanties en vertu du par. 15(1). Il me semble qu'il sera toujours plus commode du point de vue administratif de traiter les groupes défavorisés de la société de façon impersonnelle plutôt que de se fonder sur le mérite individuel. Le paragraphe 15(1) exige toutefois que l'on procède autrement. Dans les affaires de discrimination du genre de celles de l'espèce, si la garantie d'égalité doit avoir un sens, il faut au moins qu'elle signifie ceci: que chaque fois que cela est possible, on doit essayer de renoncer aux idées préconçues trop faciles et faire l'effort sincère de traiter les particuliers, quels que soient leur couleur, leur race, leur sexe ou leur âge, comme des individus qui méritent d'être jugés selon leurs talents et leurs capacités propres. Le respect de la dignité de chaque personne dans la société n'en exige pas moins.

Les commentaires de l'arrêt *Singh* ont aussi une grande portée sur le sujet de l'atteinte minimale. En vertu de cette partie du critère de l'arrêt *Oakes*, il faut se demander s'il est possible de réaliser le même objectif par des moyens moins contraignants à la *Charte*. En l'espèce, l'ancienne pratique suivie par l'hôpital appelant remplissait cette condition et respectait la constitution. En assujettissant tous les médecins à un examen périodique de leur rendement, on s'assurait de leur haute compétence et on respectait leurs droits à l'égalité en ne les soumettant pas aux forces arbitraires des préjugés. Il me semble incontestable que lorsque le seul motif pour substituer une méthode inconstitutionnelle à une méthode constitutionnelle est la commodité administrative, il ne saurait y avoir respect de la condition d'atteinte minimale des droits visés exposée au critère de la proportionnalité.

Je veux ajouter que ces commentaires ne signifient nullement que la seule méthode constitutionnelle de régler la question de l'incompétence réside dans l'examen annuel du rendement. Il faut souligner que si le règlement 5.04 avait été rédigé et interprété de façon à faire de l'âge de 65 ans l'âge ordinaire de la retraite, mais à laisser à ceux qui avaient atteint cet âge le privilège de faire admettre des patients aussi longtemps qu'ils conservaient

to be healthy and capable, I would think that an arguable case could be made that the minimal impairment test was met. The protection afforded by s. 15(1) is not a guarantee of the right to continue in employment during the later years of life irrespective of ability. What s. 15(1) guarantees is the right not to be ousted from employment on the basis of stereotypical assumptions about one's capabilities to perform in a satisfactory way. In other words, in a context such as this, s. 15(1) does not guarantee the right to work but the right to work absent discrimination. Accordingly, had Regulation 5.04 in word and in effect provided for a *bona fide* exemption scheme contemplating the continued employment of those able and willing to work, one would be hard pressed to say that the provision was not reasonable and demonstrably justifiable.

In conclusion I find that the Regulation by its terms does not meet the requirement that it impair the rights of those adversely affected by it as little as possible. I find also that the Regulation has been administered in a manner which violates s. 15(1) of the *Charter*. It is not saved by s. 1.

IV. Disposition

I would dismiss the Hospital's appeal with costs.

Addressing the relief sought by the respondents in their statement of claim, I would grant the respondents a declaration that Regulation 5.04, by its terms and in the manner of its application, is contrary to s. 15(1) of the *Charter* and is accordingly of no force or effect. I would also grant them a declaration that the decisions of the appellants made pursuant to the Regulation terminating the admitting privileges of the respondents are null and void. I would direct the Vancouver General Hospital to reinstate the hospital admitting privileges of the respondents.

leur santé et leurs capacités, je crois qu'on aurait pu soutenir que la condition relative à l'atteinte minimale des droits exposée au critère susmentionné était respectée. Le paragraphe 15(1) ne garantit pas notre droit de continuer de travailler à un âge avancé sans égard à notre aptitude à le faire. Ce que le par. 15(1) garantit, c'est notre droit de ne pas être privés de notre travail en vertu de présomptions fondées sur des préjugés relatifs à notre capacité de donner un bon rendement. En d'autres termes, dans un contexte semblable à celui de l'espèce, le par. 15(1) ne garantit pas le droit de travailler, mais celui de travailler sans faire l'objet de discrimination. En conséquence, si le règlement 5.04 avait comporté dans son texte et son application un régime légitime d'exception qui aurait permis à ceux qui étaient encore capables de travailler, de continuer à le faire s'ils le souhaitaient, il aurait été difficile d'affirmer que la disposition n'était pas raisonnable et susceptible de justification.

En conséquence, je conclus que le règlement, comme il est rédigé, ne satisfait pas à la condition selon laquelle il doit être porté atteinte le moins possible aux droits de ceux qui en subissent les effets. Je conclus aussi que le règlement a été appliqué d'une façon qui viole le par. 15(1) de la *Charte*. Il n'est pas justifié en vertu de l'article premier.

IV. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi de l'hôpital avec dépens.

Quant au redressement recherché par les intimés dans leur déclaration, je suis d'avis de rendre un jugement déclarant que le règlement 5.04 est contraire au par. 15(1) de la *Charte* dans ses dispositions et son application et qu'il est par conséquent inopérant. Je suis également d'avis de rendre jugement déclarant que les décisions des appelants, prises en vertu du règlement, de mettre fin aux privilèges accordés aux intimés d'admettre des patients sont nulles. Je suis d'avis d'enjoindre au Vancouver General Hospital de rétablir les privilèges hospitaliers des intimés d'admettre des patients.

I would answer the constitutional questions posed by Chief Justice Dickson as follows:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—There is one principal issue in this case. That is whether Regulation 5.04, which was passed by the Trustees of the Hospital and approved by the Minister of Health according to the *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, c. 55, s. 6, is constitutional. The Regulation reads:

5.04 Retirement: Members of the Staff shall be expected to retire at the end of the appointment year in which they pass their 65th birthday. Members of the Staff who wish to defer their retirement may make special application to the Board. The Board shall request the Medical Advisory Committee for a recommendation in each such case. The Medical Advisory Committee shall, in making its recommendation, consider the report of a personal interview which shall take place between the applicant and the Department Head concerned which shall include a review of the health and continuing performance of the applicant.

Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

Oui.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ce pourvoi soulève la principale question de déterminer si le règlement 5.04, adopté par les administrateurs de l'hôpital et approuvé par le ministre de la Santé conformément à la *Vancouver General Hospital Act*, S.B.C. 1970, ch. 55, art. 6, est constitutionnel. Le règlement se lit ainsi:

[TRADUCTION] 5.04 La retraite: Les membres du personnel sont censés prendre leur retraite à la fin de l'année d'exercice au cours de laquelle ils atteignent 65 ans. Les membres du personnel qui veulent reporter leur mise à la retraite peuvent présenter une demande spéciale au conseil d'administration, qui demande la recommandation du «conseil consultatif médical» dans chaque cas. Avant de faire sa recommandation, le conseil consultatif médical tient compte du rapport d'une entrevue personnelle entre le requérant et le chef de département concerné, y compris le rapport de l'état de santé et du rendement continu du requérant.

Three questions need to be answered. First, does Vancouver General Hospital fall under “government” for the purposes of s. 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is Regulation 5.04 “law” as understood in s. 52 of the *Constitution Act, 1982*? Second, if so, does Regulation 5.04 violate s. 15(1) of the *Charter*? Third, in the affirmative, can the Regulation be saved by s. 1 of the *Charter*?

I agree with my colleague Madame Justice Wilson that under the broad test she has developed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Vancouver General Hospital is acting in this case as “government” for s. 32 of the *Charter*. Both historically and (even more so today) in functional terms, hospitals in Canada are an “arm of government” and perform a government function. My only hesitation perhaps stems from the fact that the Hospital’s Board of Governors enjoys a certain independence in formulating policies, including the policy which presided over Regulation 5.04. However, even though members of the Board are appointed by the government, I see no difference between this situation and that of government departments setting up their own agenda and policies, subject only to general guidelines established by the legislature. This situation is, in my view, totally different from that of universities. In the case of the universities, as demonstrated in *McKinney, supra*, government involvement is primarily limited to funding. I do not wish to suggest, however, that all actions of every hospital would attract review of the *Charter* under s. 32. There may be some instances where a hospital would not constitute “government”. Nevertheless, in this case the Hospital is “government” for the purposes of s. 32.

Notwithstanding his conclusion that the appellants are not “government” for the purposes of s. 32 of the *Charter*, my colleague Justice La Forest goes on to discuss the constitutionality of Regula-

Trois questions se posent ici. Premièrement, le Vancouver General Hospital fait-il partie du «gouvernement» aux fins de l’art. 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le règlement 5.04 constitue-t-il une «règle de droit» au sens de l’art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Deuxièmement, dans l’affirmative, le règlement 5.04 viole-t-il le par. 15(1) de la *Charte*? Troisièmement, dans l’affirmative, le règlement peut-il se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*?

Je partage l’opinion de ma collègue le juge Wilson qu’en raison du test large qu’elle a formulé dans l’arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le Vancouver General Hospital agit, dans la présente instance, en tant que «gouvernement» au sens de l’art. 32 de la *Charte*. Tant sur le plan historique que (encore plus aujourd’hui) sur le plan fonctionnel, les hôpitaux au Canada sont une «branche du gouvernement» et exercent une fonction gouvernementale. Ma seule hésitation découle peut-être du fait que le conseil d’administration de l’hôpital bénéficie d’une certaine indépendance dans la formulation de ses politiques, y compris celle à l’origine du règlement 5.04. Cependant, même si les membres du conseil d’administration sont nommés par le gouvernement, je ne vois aucune différence entre cette situation et celle des ministères du gouvernement qui établissent leur propre programme et formulent leurs politiques, sous réserve des seules directives générales établies par le législateur. J’estime que cette situation est à tout à fait différente de celle des universités. Dans le cas des universités, comme il ressort de l’arrêt *McKinney*, précité, la participation du gouvernement est essentiellement restreinte au financement. Je ne voudrais cependant pas laisser entendre que toutes les actions de tous les hôpitaux puissent être susceptibles d’examen en vertu de l’art. 32 de la *Charte*. Il peut y avoir des circonstances où un hôpital ne serait pas considéré comme «gouvernement». Quoi qu’il en soit, en l’espèce, l’hôpital fait partie du «gouvernement» aux fins de l’art. 32.

Malgré sa conclusion que les appelants ne font pas partie du «gouvernement» aux fins de l’art. 32 de la *Charte*, mon collègue le juge La Forest n’en examine pas moins la constitutionnalité du règle-

tion 5.04 under s. 15(1) of the *Charter*. For the purposes of my discussion of these topics, I agree with him, for the reasons that he gives, that Regulation 5.04 is "law" for the purposes of s. 15 of the *Charter*. I also agree with my colleague that Regulation 5.04 clearly infringes s. 15(1) of the *Charter* because it discriminates by reason of age, a prohibited ground of discrimination enumerated in s. 15(1).

Where I disagree with my colleague La Forest J., however, and agree in the result with my colleague Wilson J., is on the question of whether this Regulation is a reasonable limit in a free and democratic society as provided in s. 1 of the *Charter* and under the analysis enunciated in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In my opinion (and I differ in part from Wilson J.'s reasoning), Regulation 5.04 does not satisfy the requirements of *Oakes*, mainly because the objectives sought by the Regulation are not rationally connected to the means chosen to achieve those ends and, in addition, the minimal impairment test has not been respected.

Section 1 of the *Charter*

The approach recognized by this Court under s. 1 is well known and need not be repeated in detail here. It should be clear that the balancing which is undertaken under this section of the *Charter* involves the particular law in question, and the severity of the violation of the right or freedom under the application of that law. We look to whether the objective of the law is sufficiently important to warrant overriding a protected right, and whether the means used in the violation are appropriate in view of the right breached.

My colleague La Forest J. undertakes an analysis comparable to that in *McKinney* in assessing whether the hospital's Regulation and policy are reasonable limits for the purposes of s. 1. One proposed objective of Regulation 5.04 and its attendant policy is competence. La Forest J. states at p. 522:

ment 5.04 au regard du par. 15(1) de la *Charte*. Pour les fins de mon analyse de ces questions, je partage son avis, pour les motifs qu'il donne, que le règlement 5.04 est une «loi» aux fins de l'art. 15 de la *Charte*. Je partage également son avis que le règlement 5.04 contrevient clairement au par. 15(1) de la *Charte* parce qu'il établit une discrimination fondée sur l'âge, un motif prohibé de discrimination énuméré au par. 15(1).

Là où je suis en désaccord avec mon collègue le juge La Forest et où je souscris à la conclusion de ma collègue le juge Wilson, c'est sur la question de savoir si ce règlement constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique en vertu de l'article premier de la *Charte* et en vertu du test formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À mon avis, (et je ne partage pas ici entièrement le raisonnement du juge Wilson) le règlement 5.04 ne satisfait pas aux exigences de l'arrêt *Oakes*, et ce, principalement parce que les objectifs visés par le règlement n'ont pas de lien rationnel avec les mesures choisies pour y parvenir et, en outre, parce que le critère de l'atteinte minimale n'a pas été respecté.

L'article premier de la *Charte*

La méthode retenue par notre Cour en vertu de l'article premier est bien connue et il n'est pas nécessaire d'y référer ici en détail. Il devrait être clair que l'exercice qui doit être entrepris en vertu de cette disposition de la *Charte* vise à soupeser la loi particulière en jeu au regard de la gravité de la violation du droit ou de la liberté résultant de l'application de cette loi particulière. Nous devons déterminer si l'objectif de la loi est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit protégé et si les moyens utilisés à cette fin sont appropriés compte tenu du droit qui est violé.

Mon collègue le juge La Forest entreprend une analyse comparable à celle de l'arrêt *McKinney* pour déterminer si le règlement et la politique de l'hôpital constituent des limites raisonnables aux fins de l'article premier. L'un des objectifs que visent le règlement 5.04 et la politique qui le sous-tend est la compétence. Le juge La Forest affirme, à la p. 522:

Just as those policies [in *McKinney*] were directed toward the achievement of excellence in the universities' pursuit of higher learning, Regulation 5.04 and its attendant policy were intended to maintain and enhance the quality of medical care the Vancouver General is capable of providing.

In addition to this concern over "quality", there is mention of the teaching and research functions carried out at the hospital. My colleague Wilson J. has found another possible objective, that of promoting opportunities for younger physicians to practise medicine. I agree with her that there is no evidence to suggest that the Hospital is a "closed system", and therefore this objective is not sufficiently pressing to warrant overriding a constitutionally protected right. Unlike Wilson J. however, I also question the attempt to justify the violation of the respondents' rights on the principal objective of competence.

One cannot oppose a hospital's efforts to maintain high levels of competence among its staff, and in few areas can this objective be seen as so important. When knowledge and skill are fundamental in some cases to the survival of a patient, we applaud high standards of competence in our hospitals. The question is, however, whether this is what is addressed by Regulation 5.04.

In *McKinney*, I expressed the view that forcing the end of a career based on age alone does not pass muster under the *Charter*, as age is surely not determinative of capacity or competence. One is no less competent the day after one's 65th birthday, than the day before. Fundamentally it is a question of personal dignity and fairness. I concluded also that the potential negative consequences of stopping the mandatory retirement practice were outweighed by the clear positive aspects of allowing perfectly competent persons who happen to be over 65, to continue in their positions. The same concerns can be raised in this case. Medical practitioners do not become incompetent at a given age. One falls below acceptable levels of proficiency through inattention to medical advances and, *inter alia*, inade-

Tout comme ces politiques [dans l'arrêt *McKinney*] faisaient partie de la recherche de l'excellence dans les universités en matière de haut savoir, le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache visaient à maintenir et à promouvoir la qualité des soins médicaux que pouvait offrir le Vancouver General.

En plus de cette préoccupation concernant la «qualité», on mentionne également la formation et la recherche qui sont effectuées à l'hôpital. Ma collègue le juge Wilson voit un autre objectif possible, celui de favoriser les chances d'emploi des jeunes médecins qui veulent pratiquer la médecine. Je partage son avis que rien dans la preuve n'indique que l'hôpital est un «système fermé»; cet objectif n'est donc pas suffisamment pressant pour justifier la suppression d'un droit protégé par la Constitution. Cependant, contrairement au juge Wilson, je mets également en doute la tentative de justifier la violation des droits des intimés en invoquant l'objectif principal de la compétence.

On ne saurait s'opposer aux efforts d'un hôpital en vue de maintenir un haut niveau de compétence au sein de son personnel, et il est peu de domaines où cet objectif doit être considéré comme aussi important. Lorsque la connaissance et la compétence sont aussi essentielles, dans certains cas à la survie d'un patient, il y a lieu de se féliciter des hauts standards de compétence de nos hôpitaux. La question est toutefois de savoir si c'est là ce que vise le règlement 5.04.

Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai estimé que forcer une personne à mettre fin à sa carrière simplement en raison de son âge ne saurait résister à un examen fondé sur la *Charte* puisque l'âge ne détermine certainement pas les capacités ou la compétence d'une personne. On ne devient pas moins compétent le lendemain de son 65^e anniversaire que la veille de celui-ci. Fondamentalement, il s'agit d'une question de dignité personnelle et de justice. J'en suis également venue à la conclusion que les conséquences possiblement défavorables de la suppression de la retraite obligatoire devaient céder le pas devant les aspects clairement positifs qu'il y a à permettre à des personnes parfaitement compétentes âgées de plus de 65 ans de continuer à exercer leurs fonctions. Les mêmes préoccupations se soulèvent en l'espèce. Les médecins ne devien-

quate physical stamina and health. But a forced retirement policy is arbitrary and simply sets a date for all this to occur. It confounds logic to suggest that these concerns simply occur on the passing of a given day in all cases.

In this particular case we are faced with a Regulation and policy which contain an element of ongoing testing for proficiency and competence. The health of the practitioner is considered. And a personal interview is held. At first glance, it seems that this is a more humane and rather effective way to manage the retirement of older medical employees. But on further examination and reflection, it becomes apparent that the treatment remains unfair and cannot justify the violations of the equality rights in question.

The Regulation and its attached policy serve to implement the Board of Trustees' retirement policy at an administrative level. No one will question efforts of the Board to maintain an efficient hospital. But the Regulation and its policy must be rationally connected to the objectives they seek to attain. In my view they are not so rationally connected. In his analysis my colleague La Forest J. applies his reasoning on this point in *McKinney*, at p. 524, to the effect that the policies allow for "regular staff renewal and the intellectual invigoration that flows from it". To keep on the "cutting edge" and to maintain research and teaching standards, the mandatory retirement of older workers attempts to infuse the hospitals with new people. My colleague states, at p. 525, that the ability of the hospital to remain up to date

... depends on their ability to regularly make room on their staffs for younger doctors who, by virtue of their recent training, are fully conversant with the latest theories, discoveries and techniques. And since hospitals are, as much as universities, a "closed system with limited resources", this regular infusion with the vitality

nent pas incompétents à un âge donné. S'ils le deviennent, cela tient surtout au fait qu'ils ne se tiennent plus au courant des avances de la science médicale et, entre autres, que leur résistance physique et leur santé diminuent. Mais une politique de mise à la retraite obligatoire est arbitraire et ne fait qu'établir la date à laquelle cela est présumé se produire. C'est défier toute logique d'affirmer que dans tous les cas cet état de choses ne se produit que lors de l'avènement d'un jour précis.

Dans notre cas, nous faisons face à un règlement et une politique qui prévoient notamment l'évaluation permanente de l'efficacité et de la compétence. La santé du médecin est évaluée, et une entrevue personnelle est tenue. À première vue, cela semble être une façon plus humaine et plutôt efficace de procéder à la mise à la retraite des employés médicaux plus âgés. Mais si l'on pousse l'examen et la réflexion, on se rend compte que le traitement demeure injuste et ne peut justifier les violations des droits à l'égalité en question.

Le règlement et la politique qui s'y rattache visent à mettre en œuvre la politique de mise à la retraite du conseil d'administration sur le plan administratif. Personne ne peut douter des efforts du conseil afin de préserver l'efficacité de l'hôpital. Mais le règlement et sa politique d'application doivent avoir un lien rationnel avec les objectifs qu'ils visent à atteindre; j'estime que ce n'est pas le cas en l'espèce. Dans son analyse, mon collègue le juge La Forest applique à cet égard le raisonnement qu'il a tenu dans l'arrêt *McKinney* (à la p. 524), selon lequel les politiques permettent «le renouvellement régulier du personnel et l'apport intellectuel qui en découle». La retraite obligatoire des travailleurs plus âgés vise à faire profiter les hôpitaux de l'apport de nouveaux membres et, partant, à leur permettre de demeurer à «la fine pointe» et de maintenir les normes de recherche et de formation fixées. En effet, mon collègue affirme à la p. 525 que la capacité des hôpitaux de rester à la fine pointe

... dépend [...] de leur capacité d'accueillir régulièrement au sein de leur personnel des jeunes médecins qui, en raison de leur formation récente, sont pleinement au courant des dernières théories, découvertes et techniques. Et comme les hôpitaux sont tout autant que les universités un «système fermé ayant des ressources limi-

and perspective of the young can only be achieved by the corresponding departure of some of those already on staff.

Even accepting the “closed system” argument, I cannot see why “new people” must be infused into the hospital’s system to keep it relevant. Like many professionals, medical practitioners are faced every day with the need for ongoing training and must make continual efforts to remain abreast of new developments in the technology and the research. Basic university education provides only the groundwork for a successful and competent career. Medical practitioners must always be sensitive to new theories and discoveries. The fact that a practitioner has a 40th, 50th or 60th birthday alters this no more than the 65th birthday. Competence is threatened by many things, but age is not necessarily one of them.

My colleague La Forest J. also maintains that the hospital as an institution is forced to choose between “competing social groups” and, as a result, special considerations apply in considering the “minimal impairment” aspect of the *Oakes* formula. I agree that the Trustees do make a choice between groups in this situation. However, I cannot agree that in the present case the allocation of resources is a fundamental issue. That is not the kind of choice being made pursuant to this policy. The choice as I see it is made between competent medical practitioners who happen to be over 65, and competent doctors under 65, usually entering the medical practice. I do not see these circumstances warranting special considerations. I would add that the Board, even if it were a lawmaking body for the purposes of the *Charter*, does not have all the requisite characteristics of a legislative body considering resource allocation, to warrant these special considerations being applied.

tées», cet apport régulier que fournissent les jeunes avec leur vitalité et leurs idées ne peut être réalisé que par le départ concomitant de certains des membres qui font déjà partie du personnel.

a

Même en acceptant l’argument du «système fermé», je ne vois pas pourquoi l’hôpital a besoin de l’apport de «nouveaux membres» pour demeurer à jour. Comme plusieurs professionnels, les médecins font face tous les jours à la nécessité d’une formation permanente et doivent continuellement faire des efforts pour se tenir au fait des nouveaux progrès en matière de technologie et de recherche. La formation universitaire ordinaire ne sert que de fondement à une carrière brillante et compétente. Les médecins doivent toujours être conscients des nouvelles théories et découvertes. Le fait qu’un médecin célèbre ses 40, 50 ou 60 ans ne modifie pas plus cet état de choses que l’arrivée de son 65^e anniversaire. La compétence est menacée par plusieurs facteurs, mais l’âge n’en fait pas nécessairement partie.

e

Mon collègue le juge La Forest affirme également que l’hôpital, comme institution, est tenu de faire un choix entre «les revendications de groupes concurrents» et, par conséquent, des considérations particulières s’appliquent dans l’examen du critère de «l’atteinte minimale» selon l’arrêt *Oakes*. Je reconnais que, dans cette situation, les administrateurs font ce choix entre différents groupes. Cependant, je ne suis pas d’accord qu’en l’espèce la répartition des ressources soit une question fondamentale. Ce n’est pas ce genre de choix qui est fait en application de cette politique. À mon avis, le choix s’effectue entre des médecins compétents qui se trouvent à avoir plus de 65 ans, et des médecins compétents de moins de 65 ans, qui débutent habituellement dans la pratique médicale. Je ne crois pas que ces circonstances justifient l’application de considérations particulières. J’ajouterais que le conseil d’administration, même s’il s’agissait d’un organisme investi du pouvoir de légiférer aux fins de la *Charte*, ne possède pas toutes les caractéristiques requises d’un organisme législatif qui doit tenir compte de la répartition des ressources pour justifier l’application de ces considérations particulières.

The Regulation, the policy and the evidence should be considered together. The Regulation mandates retirement on reaching one's 65th birthday. The policy puts a further onus on the practitioner to show he or she has something unique to offer the Hospital. One must make special application to the Board to ask that retirement be deferred. The Medical Advisory Committee considers the report of the Department Head who has arranged a personal interview and an assessment of the health and performance of the individual practitioner. The Committee recommends to the Board.

Some of the evidence on examination for discovery of Mr. James B. Flett was admitted and read in at the trial. Mr. Flett is President of the Vancouver General Hospital. This evidence reveals that, even prior to the Regulation's being passed, the heads of the clinical departments of the Hospital were responsible for ensuring that each practitioner past "a certain age" continued to have the ability to perform safely and efficiently, prior to recommending to the Medical Advisory Board that the practitioner be reappointed. Practitioners are reappointed annually. This was one aspect of the Hospital's existing internal audits of competence, along with the health of the applicant. There was no suggestion that the standards were inadequate. The respondents, for their part, take no issue with the general standards applied by the Hospital and accepted at the hearing before this Court that closer scrutiny may be necessary of those practitioners in their later years of practice. Respondents argue however, and I agree, that the same standards should be applied to all practitioners in assessing competence. Different and more onerous standards for measuring competence for those over 65 are a grave intrusion into the right to be treated equally.

Another factor considered in the process under Regulation 5.04 is health. My colleague La Forest J. suggests (p. 563) that "deterioration" is an "undeniable characteristic of increasing age". There is no evidence before us to suggest that age 65 is a threshold age for physical deterioration, nor

Le règlement, sa politique d'application et la preuve devraient être examinés comme un tout. Le règlement impose la retraite à l'âge de 65 ans. Sa politique d'application impose une obligation supplémentaire aux médecins, celle d'établir qu'ils ont quelque chose d'unique à offrir l'hôpital. Le report de la retraite doit faire l'objet d'une demande spéciale au conseil d'administration. Le conseil consultatif médical examine le rapport du chef de département qui s'est entretenu personnellement avec le médecin en cause et l'évaluation de la santé et du rendement de celui-ci. Le comité présente ses recommandations au conseil d'administration.

Une partie de l'examen au préalable de M. James B. Flett a été admise en preuve lors du procès. M. Flett est président du Vancouver General Hospital. Cette preuve révèle que, même avant l'adoption du Règlement, les chefs des départements cliniques de l'hôpital devaient s'assurer que chaque praticien ayant dépassé «un certain âge» continuait à avoir l'habileté requise pour pratiquer de façon sûre et efficace avant de recommander au conseil consultatif médical que le praticien soit renommé. Le renouvellement des privilèges des médecins se fait annuellement. C'était là l'un des aspects des vérifications internes de compétence de la part de l'hôpital, de même que la santé du médecin qui faisait application. Rien n'indique que les standards étaient inadéquats. De leur côté, les intimés ne contestent pas les normes générales appliquées par l'hôpital, et ils ont reconnu devant notre Cour qu'un examen plus attentif pourrait être nécessaire au cours des dernières années de pratique des médecins. Les intimés soutiennent cependant, et je partage leur avis, que les mêmes normes devraient être appliquées à tous les médecins dans l'évaluation de leur compétence. L'application de normes différentes et plus rigides dans l'examen de la compétence des médecins de plus de 65 ans porte gravement atteinte au droit à un traitement égal.

La santé est un autre facteur considéré dans le processus visé par le règlement 5.04. Mon collègue le juge La Forest laisse entendre que la «détérioration» est une «caractéristique incontestable du vieillissement» (p. 563). Il n'y a aucune preuve à l'effet que 65 ans est l'âge où commence la détério-

that this would necessarily affect the competence of the practitioner. The health of the practitioner may be a factor in the review of a practitioner's abilities. But surely ongoing health problems of a practitioner would be a factor in any review of any individual's performance. Inability to perform one's duties for health reasons is not limited to those over 65.

What is evident then, is that the system for "special application" does not really allow the practitioner any leeway beyond showing that something "unique" may be offered to the Hospital. In my view, the violation of the rights thus cannot be justified by the appellants. The requirement of showing extra competence or other special qualities is too great. This higher standard is applied solely because the individual has reached 65. This Court has already admonished the use of convenience in administrative procedures as a possible justification for the breach of rights: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 218-19, per Wilson J. It seems self-evident that the retirement Regulation and policy set an arbitrary and easy mark for the end of a career—one's 65th birthday. The combination of these factors leads me to the conclusion that the mark is set too high for the practitioners affected: the rights have not been impaired "as little as possible", in my view.

There are acceptable alternatives to the procedures developed by the Board of Trustees, to encourage retirement. A recommended age for retirement could be established, and could be made at the point where it becomes clear that physical difficulties are prevalent, with exceptions made in the appropriate case. Reviews of competence could be semi-annual for those over, for example, 70 years of age. These measures among others can be implemented discretely and using a process upholding the dignity of the individual.

I would only add that the number of persons wishing to work beyond 70 or 75 will not be staggering. But there are people who can (and do) make significant contributions well beyond their

ration physique ni qu'elle a nécessairement des répercussions sur la compétence du médecin. La santé du médecin peut être un facteur à considérer dans l'examen de ses aptitudes. Mais assurément, les problèmes de santé permanents d'un médecin seraient un facteur pertinent à tout examen de rendement de tout individu. L'incapacité d'exécuter ses fonctions pour des raisons de santé n'est pas limitée aux personnes de plus de 65 ans.

Ce qui ressort clairement c'est que le système de la «demande spéciale» n'accorde pas vraiment de marge de manœuvre au médecin sinon celle d'établir qu'il a quelque chose d'«unique» à offrir à l'hôpital. À mon avis, les appelants ne peuvent donc justifier la violation des droits en cause. L'obligation d'établir une compétence supérieure ou d'autres qualités spéciales est trop exigeante. Cette norme supérieure n'est appliquée que parce que l'individu a atteint 65 ans. Notre Cour a déjà condamné l'utilisation de motifs de commodité administrative comme justification possible de la violation des droits: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 218 et 219 (le juge Wilson). Il semble évident que le règlement et la politique de retraite obligatoire établissent un seuil arbitraire et facile pour mettre fin à la carrière d'une personne—son 65^e anniversaire de naissance. La combinaison de ces facteurs m'amène à conclure que ce seuil est trop sévère pour les médecins visés: j'estime qu'on n'a pas porté atteinte «le moins possible» à leurs droits.

Il existe d'autres solutions de rechange acceptables aux règles formulées par le conseil d'administration pour favoriser la retraite. On pourrait recommander un âge de retraite et le fixer lorsqu'il devient clair que les problèmes physiques sont prédominants, sous réserve d'exceptions dans les cas appropriés. Par exemple, des examens de rendement pourraient être tenus deux fois par année pour les médecins âgés de plus de 70 ans. Ces mesures parmi d'autres pourraient être mises en œuvre discrètement et d'une façon qui ne porte pas atteinte à la dignité de la personne.

Je tiens seulement à ajouter que le nombre de personnes désirant travailler au-delà de 70 ou 75 ans ne sera pas considérable. Mais il existe des gens qui peuvent apporter (et qui apportent) une

65th birthday, whether it be in conducting an orchestra, running a private business or leading a country. These people should be afforded the opportunity to continue in their chosen fields. They should not suddenly be presumed to be no longer fit to perform. Finally, persons reaching these ages are usually well aware of their decreased physical capacities if they exist. Handled in a mature and respectful fashion, the retirement process can be a smooth and dignified transition both for the individual and for the institution in question.

I recognize the able submissions of counsel for the Hospital and the Board of Trustees, to the effect that there is an increasing number of practitioners and that the admitting privileges available to the hospital are not unlimited. The Hospital must be efficient and cohesive. But I cannot accept that this can justify the imposition of the measures in question. The bottom line is competence. I doubt anyone would argue that experienced practitioners have expertise which cannot be found in a textbook. And any practitioner who has not kept up with recent developments should and will be screened out in annual reviews. Younger practitioners have greater physical stamina in some cases, but the health of all practitioners is relevant to their ongoing competence. We are left with the bare imposition of a different and higher standard on those over 65. This method of impairing rights is too severe. In this case, the means used should have been more carefully tailored to impair the rights in a more appropriate manner.

I conclude then that Regulation 5.04 and the policy attached to it cannot be saved by s. 1 of the *Charter* and therefore is unconstitutional. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the actions of the Vancouver

contribution importante bien au-delà de leur 65^e anniversaire de naissance, qu'il s'agisse de diriger un orchestre, d'exploiter une entreprise privée ou de diriger un pays. Ces personnes devraient se voir donner l'opportunité de pouvoir continuer à exercer dans le domaine de leur choix. On ne devrait pas subitement présumer qu'elles ne sont plus en mesure de le faire. Enfin, les personnes qui atteignent cet âge sont habituellement bien conscientes de la diminution de leurs capacités physiques, le cas échéant. Abordée d'une manière responsable et respectueuse, la retraite peut être un processus de transition paisible et digne tant pour l'individu que pour l'institution en question.

Je reconnais les arguments valables des procureurs de l'hôpital et du conseil d'administration, soit qu'il y a un nombre croissant de médecins et que les privilèges d'admission à l'hôpital ne sont pas illimités. L'hôpital doit être efficace et cohérent. Mais je ne peux accepter que cela justifie l'imposition des mesures en question. À la limite, c'est une question de compétence. Je pense que personne ne contesterait que les médecins chevronnés ont une expertise qui ne se trouve pas dans un manuel de médecine. Et tout médecin qui ne s'est pas tenu au courant des récents développements devrait être et sera repéré lors des examens annuels. Les médecins plus jeunes ont une plus grande vigueur physique dans certains cas, mais la santé de tous les médecins est pertinente à leur compétence permanente. Nous nous retrouvons donc avec l'imposition flagrante d'une norme différente et plus sévère pour les personnes de plus de 65 ans. Cette façon de porter atteinte aux droits est trop drastique. En l'espèce, les mesures utilisées auraient dû être adaptées de façon plus circonscrite et d'une manière plus appropriée lorsqu'il s'agit de porter atteinte aux droits d'un individu.

Je conclus donc que le règlement 5.04 et la politique qui s'y rattache ne sauraient être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte* et sont donc inconstitutionnels. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* s'appliquent-elles aux actions du Vancouver

General Hospital in establishing and administering Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations?

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

3. If the answer to question 1 is yes, was the administration of Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations by the Vancouver General Hospital contrary to s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to either questions 2 or 3 is yes, is Regulation 5.04 of the Medical Staff Regulations or the manner of its administration by the Vancouver General Hospital nevertheless justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—For the reasons which I gave in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I agree with the conclusions and reasons of Justice La Forest in respect of all issues except whether Regulation 5.04 is law within the meaning of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which I would prefer not to decide on the basis of an assumption that the Hospital is part of government.

The following are the reasons delivered by

CORY J. (dissenting)—On this appeal I am in agreement with the reasons of Justice Wilson and her proposed disposition of the case. However, I must briefly explain the basis for my conclusion that s. 1 of the *Charter* could not save the Hospital's mandatory retirement regulations while it could quite properly be employed to maintain the universities' compulsory retirement regulations.

I agree with Justice La Forest that, for the reasons he expressed, the balancing exercise which

General Hospital relativement à la rédaction et à la mise en œuvre du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations?

Oui.

- ^a 2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations est-il contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^b Oui.

3. Si la réponse à la question 1 est affirmative, l'application du règlement 5.04 des Medical Staff Regulations par le Vancouver General Hospital est-elle contraire au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^c Oui.

4. Si la réponse aux questions 2 ou 3 est affirmative, le règlement 5.04 des Medical Staff Regulations ou la façon dont il est appliqué par le Vancouver General Hospital sont-ils néanmoins justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

^d Non.

^e Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—Pour les motifs que j'ai exposés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, je partage les conclusions et les motifs du juge La Forest relativement à toutes les questions en litige à l'exception de celle de savoir si le règlement 5.04 est une loi au sens du par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, que je préfère ne pas trancher sur le fondement de l'hypothèse que l'hôpital fait partie du gouvernement.

Version française des motifs rendus par

^h LE JUGE CORY (dissident)—Dans ce pourvoi, je me range aux motifs du juge Wilson et à la façon dont elle statuerait en l'espèce. Cependant, je dois expliquer brièvement le fondement de ma conclusion que l'article premier de la *Charte* ne peut être invoqué pour justifier les règlements de l'hôpital sur la retraite obligatoire alors qu'il pouvait fort bien l'être pour justifier les règlements des universités sur la retraite obligatoire.

^j Je suis d'accord avec le juge La Forest, pour les motifs qu'il a exposés, quand il dit que la juste

the Court must undertake in a consideration of the application of s. 1 to the universities' regulations should be sensitive and not mechanistic.

Certainly there are substantial differences between universities and hospitals. The universities justified their policies of mandatory retirement on the basis that they were intended to enhance their capacity to seek and maintain excellence by permitting flexibility in resource allocation and faculty renewal and to preserve academic freedom and the collegial form of association by minimizing distinctive modes of performance evaluation.

The importance of these objects was recognized by La Forest J. in this way, at pp. 286-87 [*McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229]:

Academic freedom and excellence is essential to our continuance as a lively democracy. Faculty renewal is required if universities are to stay on the cutting edge of research and knowledge. Far from being wholly detrimental to the group affected, mandatory retirement contributes significantly to an enriched working life for its members. It ensures that faculty members have a large measure of academic freedom with a minimum of supervision and performance review throughout their period at university. They need not be unduly concerned with a "bad year" or a few bad years, or that their productive capacity may decline with the passing years. Security of employment is well protected for a substantial number of years and they are spared demeaning tests that would otherwise have to be employed. That is not to say, and there can be no doubt, that mandatory retirement can be a source of considerable anguish for those who do not wish to retire. But the "bargain" involved in taking a tenured position has clear compensatory features even for the individual affected, and it is noteworthy that it is the bargain sought by faculty associations and indeed by labour unions in many other sectors of our society.

Against the detriment to those affected must be weighed the benefit of the universities' policies to society generally and the individuals who compose it. It must be remembered as well that, in a closed system with limited resources like universities, there is a significant correlation between those who retire and those who may be

appréciation à laquelle doit se livrer la Cour dans l'examen de l'application de l'article premier aux règlements des universités doit être adaptée aux circonstances et non mécanique.

^a Il y a évidemment des différences importantes entre les universités et les hôpitaux. Les universités justifient leurs politiques de retraite obligatoire en affirmant qu'elles visent à favoriser leur aptitude à ^b promouvoir l'excellence en faisant preuve de souplesse dans la répartition des ressources et le renouvellement du personnel, et à préserver la liberté académique et la collégialité en restreignant les modes distincts d'évaluation du rendement. ^c

Le juge La Forest a reconnu l'importance de ces objectifs lorsqu'il a affirmé aux pp. 286 et 287 [*McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229]:

La liberté académique et l'excellence sont essentielles à la vitalité de notre démocratie. Le renouvellement du corps professoral est nécessaire si les universités veulent rester à la fine pointe de la recherche et du savoir. Loin d'être tout à fait préjudiciable au groupe visé, la retraite obligatoire contribue considérablement à l'enrichissement du milieu de travail des membres du corps professoral. Elle assure aux professeurs une large mesure de liberté académique avec un minimum de surveillance et d'évaluation du rendement pendant toute leur carrière à l'université. Ils n'ont pas à trop se préoccuper d'une [TRADUCTION] «mauvaise année» ou de quelques mauvaises années, ou du fait que leur productivité puisse diminuer avec le passage des années. La sécurité d'emploi est bien protégée pendant un nombre considérable d'années et ils échappent à des critères avilissants qui devraient autrement être appliqués. Cela ne veut pas dire que la retraite obligatoire ne peut être une source d'angoisse considérable pour ceux qui ne veulent pas prendre leur retraite, et il ne fait pas de doute qu'elle l'est d'ailleurs. Mais le [TRADUCTION] «marché» que comporte l'acceptation d'un poste permanent a clairement des aspects compensatoires même pour la personne visée et il convient de souligner que c'est ce marché que ; recherchent les associations de professeurs et même les syndicats dans plusieurs autres secteurs de notre société.

Au préjudice que subissent les personnes visées, il faut opposer le bénéfice des politiques universitaires que tirent la société en général et les individus qui la composent. Il faut également se rappeler que dans un système fermé ayant des ressources limitées comme les universités, il existe une corrélation significative entre ceux qui

hired. Thus the young must be deprived of the opportunities to contribute to society through work in the universities as part of the cost of retaining those currently employed on an indefinite basis.

These factors were in large part responsible for determining that the compulsory retirement regulations of the universities met all the requirements of s. 1 of the *Charter*. They do not have the same significance in the case of hospitals. Doctors with admitting or operating privileges have no security of tenure. It follows that tenure can hardly be said to be the essential part or indeed any part of the bargain struck between the doctor and the hospital. It is not without significance that in the university setting the Faculty Association supported the mandatory retirement policy, whereas there was no such support by the Medical Association for the Hospital's policy.

At the Hospital the doctor's level of skill is tested at least annually. There was a system in place for testing doctors before the mandatory retirement policy came into effect. There is still a testing procedure in effect whereby doctors are reviewed or tested once a year. That review system is sufficient in itself to demonstrate that the s. 1 requirements cannot be met by the Hospital. A continuous testing of the skills of doctors throughout their years of association with a hospital is essential for the successful operation of the Hospital. The testing takes place without regard to age. In the hospital setting the essential testing of doctors cannot adversely affect any collegiality that may exist. Indeed, collegiality does not appear to be an essential factor in the operation of a hospital as it is for a university. Nor can the testing be said to impair in any way security of tenure at the hospital. Clearly, tenure must be dependent upon the doctor's demonstrating a satisfactory level of skill in order to continue to work at the Hospital.

It can thus be seen that the factors which operated to bring the university retirement policy

prennent leur retraite et ceux qui peuvent être embauchés. Il faut donc notamment priver les jeunes de la chance de contribuer à la société par leur travail dans les universités, pour garder indéfiniment ceux qui s'y trouvent actuellement.

Ces facteurs ont en grande partie servi à déterminer que les règlements des universités sur la retraite obligatoire satisfaisaient aux exigences de l'article premier de la *Charte*. Ils n'ont pas la même importance dans le cas des hôpitaux. Les médecins qui détiennent des privilèges d'admission ou de chirurgie n'ont aucune sécurité d'emploi. Il s'ensuit qu'on peut difficilement affirmer que la permanence est une partie essentielle ou même une partie du marché conclu entre le médecin et l'hôpital. Il est important de signaler que, dans le milieu universitaire, l'association des professeurs était en faveur de la politique de retraite obligatoire alors que dans le milieu hospitalier, l'association des médecins ne l'était pas.

Dans le milieu hospitalier, le niveau de compétence des médecins est évalué au moins une fois par année. Il y avait un système d'évaluation des médecins avant que la politique de retraite obligatoire entre en vigueur. Il existe toujours une procédure d'évaluation en vertu de laquelle la compétence des médecins est appréciée une fois par année. Ce système d'évaluation est en soi suffisant pour démontrer que les hôpitaux ne peuvent satisfaire aux exigences de l'article premier. Un examen permanent des compétences des médecins au cours des années où ils sont associés à un hôpital est essentiel pour le fonctionnement efficace de celui-ci. L'appréciation a lieu sans égard à l'âge. Dans le milieu hospitalier, l'appréciation essentielle des compétences des médecins ne peut avoir un effet préjudiciable sur la collégialité qui peut exister. D'ailleurs, la collégialité ne semble pas être un facteur essentiel dans le fonctionnement d'un hôpital comme elle l'est dans une université. On ne peut non plus affirmer que l'appréciation porte atteinte à la sécurité d'emploi à l'hôpital. Il est clair que cette sécurité doit dépendre de la preuve faite par le médecin d'un niveau satisfaisant de compétences.

On peut donc constater que les facteurs qui ont contribué à justifier la politique de retraite dans

within the scope of s. 1 of the *Charter* are not applicable to the Hospital. There would seem to be no valid reason why continued testing could not serve to ensure that the doctors over 65 years of age possessed a satisfactory degree of skill.

Appeal allowed and the plaintiffs' action dismissed with costs, WILSON, L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Jordan & Gall, Vancouver.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

les universités selon l'article premier de la Charte ne s'appliquent pas aux hôpitaux. Il semble donc n'y avoir aucune raison valable pour que l'évaluation permanente ne puisse servir à établir que les ^a médecins de plus de 65 ans possèdent un niveau de compétence satisfaisant.

Pourvoi accueilli et action des demandeurs rejetée avec dépens, les juges WILSON, ^b L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.

Procureurs des appelants: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés: Jordan & Gall, ^c Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, ^d Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du procureur général, Victoria. ^e

Douglas College Appellant

v.

Douglas/Kwantlen Faculty Association Respondent

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Saskatchewan Interveners

INDEXED AS: DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. v. DOUGLAS COLLEGE

File No.: 20800.

1989: May 18, 19; 1990: December 6.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Applicability of Charter — Government — Whether community college "government" so as to attract Charter review of policies — If so, whether mandatory retirement policy "law" — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Equality before the law — Age discrimination — Mandatory retirement at age 65 — Whether mandatory retirement policy "law" — If so, whether s. 15(1) of the Charter infringed — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

Constitutional law — Court of competent jurisdiction — Labour grievance — Arbitrator deciding constitutionality of provision as preliminary issue — Whether a court of competent jurisdiction — Whether jurisdiction to hear and determine grievance — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24(1).

Douglas College was one of the colleges in a system of post-secondary education operated by British Columbia through the *College and Institute Act*. A college once designated under the Act became a corporation and was for all purposes an agent of the Crown and could only exercise its powers as such. It was subject to direct and substantial control by the Minister. Its board was appointed by the Lieutenant Governor in Council at

* Chief Justice at the time of hearing.

Douglas College Appelant

c.

Douglas/Kwantlen Faculty Association^a *Intimée*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de la Saskatchewan Interveners

RÉPERTORIÉ: DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. c. DOUGLAS COLLEGE

^c N° du greffe: 20800.

1989: 18, 19 mai; 1990: 6 décembre.

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

^d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Applicabilité de la Charte — Gouvernement — Le collège communautaire fait-il partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? — Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Égalité devant la loi — Discrimination fondée sur l'âge — Retraite obligatoire à 65 ans — La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? — Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.*

^f *Droit constitutionnel — Tribunal compétent — Grief — Décision préliminaire d'un arbitre sur la constitutionnalité d'une disposition — Est-ce un tribunal compétent? — A-t-il compétence sur ce grief? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24(1).*

^g Le Douglas College est un des collèges d'un système d'enseignement post-secondaire créé en Colombie-Britannique par la *College and Institute Act*. Sur désignation, un collège devient une personne morale et est à toutes fins pratiques un mandataire de la Couronne ne pouvant exercer ses pouvoirs qu'à ce titre. Il est assujéti à un contrôle direct et important du ministre. Son conseil est nommé par le lieutenant-gouverneur en con-

* Juge en chef à la date de l'audition.

pleasure and its annual budget was submitted to the Minister for approval. The Minister was empowered to establish policy or issue directives regarding post-secondary education and training, to provide services considered necessary, to approve all by-laws of the Board and to provide the necessary funding.

The collective agreement, which was governed by the *Labour Code* and came into effect after the commencement of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, provided for mandatory retirement at age 65 (Article 4.04). Two faculty members who were about to be retired filed a grievance challenging Article 4.04 as violating s. 15(1) of the *Charter*. The arbitrator appointed pursuant to the collective agreement held, in a preliminary award, that the college was a Crown agency subject to the *Charter* and that any action taken by it, including the collective agreement, constituted a "law" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*. This preliminary award did not deal with whether Article 4.04 of the collective agreement was justified under s. 1 or whether the association was estopped from claiming the benefits of the *Charter*. An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

The constitutional questions before this Court queried: (1) whether the *Charter* applied to the negotiation and administration of the retirement provision in the collective agreement; (2) whether that provision or its application was "law" as that term is used in s. 15(1) of the *Charter*; (3) whether the arbitration board appointed to resolve a grievance disputing the constitutionality of that provision was a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*; (4) whether the arbitration board had jurisdiction to hear and determine such a grievance.

Interventions were filed by the Attorneys General of Canada and Saskatchewan.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and La Forest and Gonthier JJ.: The college was a Crown agency established by the government to implement government policy. It was simply in form and in fact part of the apparatus of government. The government may permit the college board to exercise a measure of discretion but it not only appoints and removes the board at pleasure but also may at all times by law direct its operation. The college was performing acts of government in carrying out its function. The actions of the college in the negotiation and administration of the collective agreement were those of the government for the purposes of s. 32 of the *Charter*. It was

seil à titre amovible et son budget annuel est soumis à l'approbation du ministre. Le ministre a le pouvoir d'établir des politiques ou d'émettre des directives concernant l'enseignement et la formation post-secondaires, d'offrir des services jugés nécessaires, d'approuver tous les règlements du conseil et d'accorder les fonds nécessaires.

La convention collective, qui était régie par le *Labour Code* et était entrée en vigueur après l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, prévoit la retraite obligatoire à 65 ans (article 4.04). Deux membres de la faculté qui devaient prendre leur retraite bientôt ont déposé un grief contestant l'article 4.04 qui, selon eux, viole le par. 15(1) de la *Charte*. L'arbitre nommé conformément à la convention collective a conclu dans une décision préliminaire que le collège était un mandataire de la Couronne assujetti à la *Charte* et que toute mesure prise par lui, y compris la convention collective, constitue une «loi» au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Cette décision préliminaire n'a pas examiné la question de savoir si l'article 4.04 de la convention collective était justifié en vertu de l'article premier ou de savoir s'il était interdit à l'association de prétendre aux avantages de la *Charte*. Un appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté.

Les questions constitutionnelles auxquelles la Cour doit répondre sont de savoir (1) si la *Charte* s'applique à la négociation et à l'administration de la disposition sur la retraite dans la convention collective; (2) si cette disposition ou son application constitue la «loi» au sens de ce terme au par. 15(1) de la *Charte*; (3) si le conseil d'arbitrage nommé pour résoudre un grief contestant la constitutionnalité de cette disposition est un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*; (4) si le conseil d'arbitrage peut connaître d'un tel grief.

Les procureurs généraux du Canada et de la Saskatchewan sont intervenus.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest et Gonthier: Le collège est un mandataire de la Couronne établi par le gouvernement pour mettre en œuvre une politique gouvernementale. Dans la forme et dans les faits, il fait simplement partie de l'appareil gouvernemental. Le gouvernement peut permettre au conseil du collège d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, mais il nomme les membres du conseil à titre amovible et de plus peut en tout temps régler le fonctionnement du collège par loi. Dans l'exécution de ses fonctions, le collège exécute des actes gouvernementaux. Les actions du collège dans la négociation et l'application de

quite unlike the universities which managed their own affairs.

For reasons discussed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, the collective agreement is law. It was entered into by a government agency pursuant to powers granted by statute in furtherance of government policy. The fact that the faculty association agreed to it did not alter the fact that it had been entered into by government pursuant to statutory power and so constituted government action. To permit government to pursue policies violating *Charter* rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated.

A tribunal's power is that conferred by its statutory mandate. The jurisdiction of a statutory tribunal must be found in a statute and must extend not only to the subject matter of the application and the parties, but also to the remedy sought. A tribunal, in the exercise of its statutory mandate, is empowered to examine and rule upon the constitutional validity of a statute it is called upon to apply. Where a tribunal is engaged in performing what it was empowered to do by law, it is entitled not only to construe the relevant legislation but also to determine whether that legislation was validly enacted. Any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada is, to the extent of its inconsistency, of no force or effect. A tribunal, if it finds a law it is applying to be constitutionally invalid, must treat it as having no force or effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The arbitrator had jurisdiction over the parties, the subject matter at issue and the remedy sought. He was expressly granted the authority, under s. 98 of the *Labour Code*, to provide a final and conclusive settlement to a dispute arising under a collective agreement and was given a wide range of appropriate remedies including the power to interpret and apply any Act intended to regulate employment. "Act" in s. 98 includes the *Charter*. Here, the grievance was not based on the terms of the collective agreement alone but upon the application of s. 15(1) of the *Charter* as well.

The present case was complicated by the fact that the arbitrator's decision was a "preliminary" one looking only at the question of his jurisdiction and whether the collective agreement or policy of mandatory retirement could be "law" for the purposes of the *Charter*. The relief sought, however, was a remedy available under

la convention collective sont celles du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Sa situation est très différente de celle des universités qui gèrent leurs propres affaires.

a Pour les raisons examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 la convention collective est une loi. Elle a été conclue par un mandataire du gouvernement en application des pouvoirs qui lui étaient conférés par une loi dans la poursuite d'une b politique gouvernementale. Même si l'association intimée a donné son accord à la convention collective, cela ne change rien au fait que le gouvernement l'a conclue en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elle était ainsi une mesure gouvernementale. On ne peut tolérer c que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la *Charte* au moyen de contrats et d'ententes conclus avec d'autres personnes ou organismes.

d Le pouvoir d'un tribunal lui vient du mandat conféré par la loi. La compétence d'un tribunal établi par une loi doit se trouver dans une loi et s'étend non seulement à l'objet du litige et aux parties, mais également à la réparation demandée. Dans l'exercice du mandat conféré par la loi, un tribunal a le pouvoir de se prononcer e sur la validité constitutionnelle d'une loi qu'il est appelé à appliquer. Lorsqu'un tribunal fait ce qu'il a le pouvoir de faire en vertu de la loi, il a non seulement le pouvoir d'interpréter les dispositions législatives pertinentes, mais aussi celui de décider si la loi a été adoptée f validement. La Constitution du Canada rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. S'il conclut que la loi qu'on lui demande d'appliquer est invalide, un tribunal doit la traiter comme si elle était inopérante en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

g L'arbitre avait compétence sur les parties, sur l'objet du litige et la réparation demandée. En vertu de l'art. 98 du *Labour Code*, l'arbitre a le pouvoir exprès de régler définitivement tout différend qui naît de la convention collective et il dispose de modes de réparation variés à cette fin, y compris le pouvoir d'interpréter et d'appliquer toute loi visant à régir les relations de travail. Le terme «loi» à l'art. 98 inclut la *Charte*. Ici, le grief n'est pas fondé uniquement sur les clauses de la convention collective, mais s'appuie aussi sur l'application du par. 15(1) de la *Charte*.

j La présente espèce est compliquée parce que la décision de l'arbitre était une décision «préliminaire» qui ne portait que sur sa compétence et la question de savoir si la convention collective ou la politique de retraite obligatoire pouvait être considérée comme une «loi» aux fins de la *Charte*. Cependant, le redressement demandé était

s. 98. The mandatory retirement clause was invalid and an arbitrator, notwithstanding any provision in the collective agreement to the contrary, can hold an "offensive" term in a collective agreement inapplicable.

The practice of placing a constitutional issue before a tribunal rather than seeking judicial review initially is natural enough in today's context and does not offend the concept of separation of powers. While the informal practices of a tribunal may not be entirely suited to dealing with constitutional issues, clear advantages for the practice exist. First, the Constitution must be respected and any citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. In addition, a specialized tribunal quickly and inexpensively sifts the facts and compiles a record for the benefit of a reviewing court. This specialized competence can be of invaluable assistance in constitutional interpretation.

Since the arbitrator did not, in his preliminary award, consider the issues whether the breach of s. 15(1) was justified under s. 1 of the *Charter*, or whether the association was estopped or deemed to have waived its constitutional rights, the Court was not called upon to deal with these issues.

It was unnecessary to consider whether the arbitrator was a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*.

Per Wilson and L'Heureux-Dubé JJ.: An arbitration board appointed by the parties under the *Labour Code* has jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to determine the constitutional issue raised by the grievance. It was therefore unnecessary to determine whether the Board is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Charter*. The question whether a tribunal may have such jurisdiction even in the absence of specific provisions in the governing legislation and in the collective agreement, however, should be left open. The *Charter* applied to Douglas College and s. 15 applied to the impugned article in the collective agreement.

The criteria relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* include: (1) whether the legislative, executive or administrative branch of government exercises general control over the entity in question; (2) whether the entity performs a traditional government function or one recognized in more modern times as being a state responsibility; and (3) whether the entity

une réparation en vertu de l'art. 98. La clause de retraite obligatoire est invalide et un arbitre, nonobstant toute disposition de la convention collective en sens contraire, peut déclarer inapplicable une clause «contestée» d'une convention collective.

a

La pratique qui consiste à soumettre à un tribunal une question constitutionnelle plutôt que de demander initialement le contrôle judiciaire est assez naturelle dans le contexte d'aujourd'hui et ne contrevient pas au concept du partage des pouvoirs. Même si les pratiques informelles d'un tribunal peuvent ne pas être tout à fait adaptées aux questions constitutionnelles, la pratique comporte des avantages évidents. D'abord, la Constitution doit être respectée et tout citoyen, lorsqu'il comparait devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution. De plus, un tribunal spécialisé peut de façon expéditive et peu coûteuse faire le tri des faits et établir un dossier pour le bénéfice d'un tribunal d'appel. Cette compétence spécialisée peut être d'une aide inestimable en matière d'interprétation constitutionnelle.

b

c

d

e

Puisque l'arbitre, dans sa décision préliminaire, n'a pas examiné les questions de savoir si la violation du par. 15(1) était justifiée en vertu de l'article premier ou si l'association était irrecevable à invoquer ces droits constitutionnels ou était réputée y avoir renoncé, notre Cour n'a pas été appelée à trancher ces questions.

f

Il est inutile d'examiner si l'arbitre était un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1).

g

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé: Le conseil arbitral nommé par les parties en vertu du *Labour Code* a compétence, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour se prononcer sur la question constitutionnelle soulevée par le grief. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si le conseil est un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte*. Il est préférable de ne pas se prononcer sur la question de savoir si un tribunal peut avoir cette compétence même en l'absence de dispositions précises dans la loi habilitante et dans la convention collective. La *Charte* s'applique au Douglas College et l'art. 15 s'applique à l'article contesté de la convention collective.

h

i

Les critères pertinents pour déterminer si une entité est assujettie à la *Charte* sont de savoir (1) si la branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce un contrôle général sur l'entité en question; (2) si l'entité exerce une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est considérée comme une responsabilité de l'État; et (3) si l'entité agit

j

acts pursuant to statutory authority specifically granted to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest.

The college was part of government for the purposes of s. 32 of the *Charter* given the fact that it was a Crown agent established, funded and heavily controlled by government, together with the fact that it was discharging a government function in the public interest. The college was not an autonomous body but rather part of the "apparatus of government", and unlike universities, did not lose a historic independence when government decided to intervene. Its actions were therefore subject to s. 15 of the *Charter*. It was not necessary that the government exercise direct control over the implementation of Article 4.04.

A purposive approach to the various sections in the *Charter* in which the word "law" appears may lead to different interpretations of the word "law" in the context of those provisions. It is not necessary that a "law" be identified in order to bring s. 15(1) into play. If, however, there must be a "law" involved before s. 15 is triggered, that law is found in the collective agreement and in particular Article 4.04. Alternatively, another such "law" could be found in the College's enabling statute which contained a provision specifically conferring power on the Board to terminate contracts of employment. Accordingly, the alleged denial of equality was effected by "law" or by conduct entitled to be redressed by law and the first requirement of s. 15(1) is met.

Per Sopinka J.: The position of *La Forest J.* was agreed with except with respect to his finding that the collective agreement was "law" under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The consensual nature of the policies in question should not be discarded in the examination as to whether they constitute "law".

The *Charter* was intended to protect the individual from the coercive power of the state and not against the individual's own voluntary conduct in dealing with state entities. While "law" is not confined merely to legislative activity, an element of coercion present in government activity for such to be reasonably characterized as law. This element of imposition or prescription by the state distinguishes law from voluntarily assumed rights and obligations.

Per Cory J.: The reasons of *Wilson J.* were agreed with concerning the application of the *McKinney* test to

conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public.

^a Le collège fait partie du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte* compte tenu du fait qu'il est un mandataire de la Couronne établi, subventionné et largement contrôlé par le gouvernement, ainsi que du fait qu'il exécute une fonction gouvernementale dans l'intérêt public. Le collège n'est pas un organisme autonome mais fait plutôt partie de «l'appareil gouvernemental» et, contrairement aux universités, il n'a pas perdu une indépendance historique lorsque le gouvernement a décidé d'intervenir. Ses actions sont donc assujetties à l'art. 15 de la *Charte*. Il n'est pas nécessaire que le gouvernement exerce un contrôle direct sur l'application de l'article 4.04.

Une interprétation fondée sur l'objet des diverses dispositions de la *Charte* dans lesquelles figurent les termes «loi», ou «règle de droit» peut conduire à des interprétations différentes de ces termes dans le contexte de ces dispositions. Il n'est pas nécessaire de conclure à l'existence d'une «loi» pour qu'intervienne le par. 15(1). Si, cependant, il faut qu'une «loi» soit en cause avant d'appliquer l'art. 15, cette loi existe dans la convention collective et, en particulier, à l'article 4.04. De manière subsidiaire, une autre «loi» semblable peut être trouvée dans la loi habilitante du collège qui contient une disposition conférant expressément au conseil le pouvoir de mettre fin aux contrats de travail. Par conséquent, la négation alléguée d'égalité résultait d'une «loi» ou d'une conduite pouvant faire l'objet d'une réparation en droit, et la première exigence du par. 15(1) est satisfaite.

^b *Le juge Sopinka:* Le juge Sopinka est d'accord avec la position adoptée par le juge *La Forest* à l'exception de sa conclusion que la convention collective dans la présente espèce est une «loi» au sens de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ne faut pas écarter la nature consensuelle des politiques en cause lorsqu'il s'agit de décider si elles constituent une «loi».

ⁱ La *Charte* a été conçue pour protéger l'individu du pouvoir coercitif de l'État et non contre ses propres actes volontaires dans ses contacts avec les entités de l'État. Quoique le mot «loi» ne se limite pas à l'activité législative, il doit y avoir un élément de contrainte, même dans une activité gouvernementale pour que celle-ci puisse être qualifiée de loi. Cet élément d'imposition ou d'exigence de la part de l'État distingue la loi des droits et obligations volontairement assumés.

^j *Le juge Cory:* Le juge Cory souscrit aux motifs du juge *Wilson* concernant l'application à la présente situa-

the facts in this appeal. That test provided a means for determining whether an entity was a part of government to which the *Charter* applied. In all other respects, the reasons of La Forest J. were agreed with.

Cases Cited

By La Forest J.

Distinguished: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; **considered:** *Canada v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714; *Re Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des Employeurs maritimes* (1988), 89 N.R. 278; *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, leave to appeal denied, [1986] 1 S.C.R. xii; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 125; *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245; *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29; *Canada (Attorney General) v. Alli* (1988), 51 D.L.R. (4th) 555; *Gerrard v. Saskatoon (City)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 767; *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219; *Taylor (David) & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Re Windsor Airline Limousine Services Ltd. and Ontario Taxi Association 1688* (1980), 117 D.L.R. (3d) 400; *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Southern Pacific Transportation Co. v. Public Utilities Commission*, 18 Cal.3d 308 (1976).

tion du critère qu'elle a formulé dans l'arrêt *McKinney*. Ce critère fournit un moyen de déterminer si une entité fait partie du gouvernement auquel la *Charte* s'applique. À tous autres égards, il souscrit aux motifs du juge La Forest.

a

Jurisprudence

b Citée par le juge La Forest

Distinction d'avec les arrêts: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; **arrêts examinés:** *Canada c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714; *Re Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429; *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253; **arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des Employeurs maritimes* (1988), 89 N.R. 278; *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233; *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 125; *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490; *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245; *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29; *Canada (Attorney General) v. Alli* (1988), 51 D.L.R. (4th) 555; *Gerrard v. Saskatoon (City)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 767; *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39; *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219; *Taylor (David) & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843; *Re Windsor Airline Limousine Services Ltd. and Ontario Taxi Association 1688* (1980), 117 D.L.R. (3d) 400; *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346; *Northern Telecom Canada Ltd. c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Southern Pacific Transportation Co. v. Public Utilities Commission*, 18 Cal.3d 308 (1976).

c

d

e

f

g

h

i

j

By Wilson J.

Distinguished: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; **referred to:** *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Sopinka J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; **referred to:** *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545.

By Cory J.

Applied: *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15(1), 24(1), 32.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.
Child Paternity and Support Act, R.S.B.C. 1979, c. 49.
College and Institute Act, R.S.B.C. 1979, c. 53, ss. 2(1), (2), 3, 5(1), (2), 6, 7, 12, 12(1)(c), 17, 20, 29(1), 53(1), 61.
Compensation Stabilization Act, S.B.C. 1982, c. 32, s. 2.1, 9, 14, 15, 16.
Constitution Act, 1867, s. 96.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Family Allowances Act, 1973, S.C. 1973-74, c. 44.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Financial Administration Act, S.B.C. 1981, c. 15.
Financial Information Act, R.S.B.C. 1979, c. 131 [rep. & sub. S.B.C. 1985, c. 8].
Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 212.
Industrial Relations Reform Act, 1987, S.B.C. 1987, c. 24.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 98.
Public Service Labour Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 346, s. 1(1).
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, ss. 31, 44(1).

Authors Cited

Corpus Juris Secundum, vol. 73, 2nd ed. St. Paul's, Minn.: West Publishing Co., 1983.
 Côté, Pierre-André. "La recevabilité des arguments fondés sur les chartes des droits devant les tribunaux administratifs" (1989), 49 *R. du B.* 455.
 Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 4, 2nd ed. San Diego: K. C. Davis Pub. Co., University of San Diego, 1983.

Citée par le juge Wilson

Distinction d'avec l'arrêt: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; **arrêt mentionné:** *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

^a Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; **arrêt mentionné:** *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545.

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15(1), 24(1), 32.
^d *Child Paternity and Support Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 49.
College and Institute Act, R.S.B.C. 1979, ch. 53, art. 2(1), (2), 3, 5(1), (2), 6, 7, 12, 12(1)(c), 17, 20, 29(1), 53(1), 61.
^e *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32, art. 2.1, 9, 14, 15, 16.
Financial Administration Act, S.B.C. 1981, ch. 15.
Financial Information Act, R.S.B.C. 1979, ch. 131 [abr. & rempl. S.B.C. 1985, ch. 8].
Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 212.
^f *Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, ch. 24.
Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 98.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
^g *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).
Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, ch. 48, art. 31, 44(1).
Loi de 1973 sur les allocations familiales, S.C. 1973-74, ch. 44.
^h *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.
Public Service Labour Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 346, art. 1(1).

Doctrine citée

ⁱ *Corpus Juris Secundum*, vol. 73, 2nd ed. St. Paul's, Minn.: West Publishing Co., 1983.
 Côté, Pierre-André. «La recevabilité des arguments fondés sur les chartes des droits devant les tribunaux administratifs» (1989), 49 *R. du B.* 455.
^j Davis, Kenneth Culp. *Administrative Law Treatise*, vol. 4, 2nd ed. San Diego: K. C. Davis Pub. Co., University of San Diego, 1983.

- Evans, J. M. "Administrative Tribunals and Charter Challenges" (1988), 2 *C.J.A.L.P.* 13.
- Gibson, Dale. "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms," in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Toronto: Carswells, 1982. ^a
- Gosselin, Jean-François. "L'alchimie des Chartes vues de l'intérieur du tribunal administratif: le retour du Cheval du Troie?," dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Barreau du Québec. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1989. ^b
- Harris, Robin S. *A History of Higher Education in Canada, 1663-1960*. Toronto: University of Toronto Press, 1976.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985. ^c
- Kuttner, Thomas S. "Constitution as Covenant: Labour Law, Labour Boards and the Courts from the Old to the New Dispensation" in *Labour Law Under the Charter*. Kingston: Queen's Law Journal and Industrial Relations Centre, 1988. ^d
- Murray, John C. "Labour Arbitration and the Charter", in *New Swords and New Shields: The Year in Review in Labour Law*. Canadian Bar Association—Annual Institute on Continuing Legal Education, 1987.
- Note. "The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes" (1976-77), 90 *Harv. L. Rev.* 1682. ^e
- Ontario. Management Board of Cabinet. *Review of Ontario's Regulatory Agencies*. Macauley Report. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1989.
- Pépin, Gilles. "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés". In Canadian Bar Association—Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, *Canadian Administrative Law: Past Present and Future Where we've been*. Ottawa, 1989. ^f
- Pinard, Danielle. "Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels", [1987] *R.D. McGill* 170. ^g
- Québec. Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs. *Les tribunaux administratifs*. Rapport Ouellette. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1987. ^h
- Evans, J. M. «Administrative Tribunals and Charter Challenges» (1988), 2 *C.J.A.L.P.* 13.
- Gibson, Dale. «La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés,» dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
- Gosselin, Jean-François. «L'alchimie des Chartes vues de l'intérieur du tribunal administratif: le retour du Cheval de Troie?», dans *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*. Barreau du Québec. Cowansville (Qué.): Éditions Yvon Blais Inc., 1989.
- Harris, Robin S. *A History of Higher Education in Canada, 1663-1960*. Toronto: University of Toronto Press, 1976.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Kuttner, Thomas S. «Constitution as Covenant: Labour Law, Labour Boards and the Courts from the Old to the New Dispensation» in *Labour Law Under the Charter*. Kingston: Queen's Law Journal and Industrial Relations Centre, 1988. ^d
- Murray, John C. «Labour Arbitration and the Charter», in *New Swords and New Shields: The Year in Review in Labour Law*. Canadian Bar Association—Annual Institute on Continuing Legal Education, 1987.
- Note. «The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes» (1976-77), 90 *Harv. L. Rev.* 1682. ^e
- Ontario. Management Board of Cabinet. *Review of Ontario's Regulatory Agencies*. Macauley Report. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1989.
- Pépin, Gilles. «La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés». Dans Barreau canadien—Programme national de F.J.P., *Droit administratif—Ce qu'il fut, ce qu'il est, ce qu'il en adviendra*. Ottawa, 1989.
- Pinard, Danielle. «Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels», [1987] *R.D. McGill* 170. ^h
- Québec. Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs. *Les tribunaux administratifs*. Rapport Ouellette. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1987.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175, 49 D.L.R. (4th) 749, [1988] 2 W.W.R. 718, 40 C.R.R. 226, dismissing an appeal from an arbitration by B. H. McColl, Q.C., on a prelim-

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 21 B.C.L.R. (2d) 175, 49 D.L.R. (4th) 749, [1988] 2 W.W.R. 718, 40 C.R.R. 226, qui a rejeté un appel d'une décision arbitrale de B. H. McColl, c.r., sur une

inary matter dealing with the constitutionality of a provision of a collective agreement. Appeal dismissed.

Thomas D. Schiller and Colin G. M. Gibson, for the appellant.

Leo McGrady and John J. Steeves, for the respondent.

Duff Friesen, Q.C., and *Virginia McRae Lajeunesse*, for the intervener the Attorney General of Canada.

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

The judgment of Dickson C.J. and La Forest and Gonthier J.J. was delivered by

LA FOREST J.—These proceedings were initiated with a view to raising the issue whether a provision of a collective agreement entered into between an agent of the Crown and the respondent association, a trade union representing the College's employees, that requires the employees to retire at age 65 violates s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as constituting a deprivation of the employees' equality rights without discrimination based on age. This broad issue has yet to be addressed. This appeal is only concerned with a number of preliminary, though important, issues. Among these are whether the *Charter* applies to the college and whether the collective agreement constitutes a "law" for the purposes of s. 15(1). That provision reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

These issues have also been discussed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, but the present case raises the further important issue regarding the jurisdiction of an arbitrator appointed to determine the foregoing questions in the course of hearing a grievance by two employees contesting the decision to retire them

question préliminaire relativement à la constitutionnalité d'une disposition d'une convention collective. Pourvoi rejeté.

Thomas D. Schiller et Colin G. M. Gibson, pour l'appellant.

Leo McGrady et John J. Steeves, pour l'intimée.

Duff Friesen, c.r., et *Virginia McRae Lajeunesse*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

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

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest et Gonthier rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il s'agit en l'espèce de déterminer si une disposition d'une convention collective conclue entre un mandataire de la Couronne et l'association intimée, un syndicat représentant des employés du collège, qui oblige ces employés à prendre leur retraite à 65 ans, viole le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* parce qu'elle prive les employés du droit à l'égalité sans discrimination fondée sur l'âge. Cette grande question reste encore à déterminer. Le présent pourvoi traite uniquement de diverses questions préliminaires, quoique importantes, dont notamment celle de savoir si la *Charte* s'applique à cet organisme et si la convention collective est une «loi» aux fins du par. 15(1), que voici:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Ces questions ont aussi été examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, rendu en même temps que celui-ci. Cependant le présent pourvoi soulève en outre la question importante de la compétence d'un arbitre nommé de se prononcer sur ces questions lorsqu'il est saisi d'un grief présenté par deux employés qui

under the provision of the collective agreement above described.

Facts

Douglas College, along with other colleges and institutes, was created pursuant to the *College and Institute Act*, R.S.B.C. 1979, c. 53, for the purpose of conducting post-secondary education and training in British Columbia. The Act empowers the Lieutenant-Governor in Council to designate colleges and the regions they are to serve (s. 5(1)). On designation, a college becomes a corporation (s. 5(2)) and is for all purposes an agent of the Crown and can only exercise its powers as such (s. 53(1)).

The affairs of the college are managed and directed by a board of seven members, all of whom are appointed by the Lieutenant-Governor in Council at pleasure (s. 6). The Minister, however, exercises direct and substantial control over the college pursuant to ss. 2 and 3. Thus the Minister may establish policy or issue directives regarding post-secondary education and training, may provide services considered necessary, approves all by-laws of the Board and provides the necessary funding—in the 1985-86 calendar year, for example, 83 per cent of its operating funds. The college submits an annual budget to the Minister. Briefly put, the college is simply a delegate through which the government operates a system of post-secondary education in the province, as its status as a Crown agency makes immediately evident. It is quite unlike universities like the University of British Columbia described in *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, which, though largely dependent on government funding, manages its own affairs; see also *McKinney v. University of Guelph*, *supra*.

Though the labour relations of Crown agencies are generally governed by the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 346,

contestent la décision de les mettre à la retraite en vertu de la disposition de la convention collective déjà mentionnée.

a Les faits

Le Douglas College, comme d'autres collèges et institutions, a été créé en application de la *College and Institute Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 53, pour offrir un enseignement et une formation post-secondaires en Colombie-Britannique. La Loi permet au lieutenant-gouverneur en conseil de désigner les collèges et les régions qu'ils doivent desservir (par. 5(1)). Sur désignation, un collège devient une personne morale (par. 5(2)) et, à toutes fins pratiques, un mandataire de la Couronne ne pouvant exercer ses pouvoirs qu'à ce titre (par. 53(1)).

Les affaires du collège sont gérées et dirigées par un conseil de sept membres, tous nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil à titre amovible (art. 6). Le ministre exerce toutefois un contrôle direct et important sur le collège en vertu des art. 2 et 3. Ainsi, le ministre peut établir des politiques ou émettre des directives concernant l'enseignement et la formation post-secondaires et offrir des services jugés nécessaires. Il approuve tous les règlements du conseil et accorde les fonds nécessaires — au cours de l'année civile 1985-1986, par exemple, 83 p. 100 du budget de fonctionnement. Le collège présente un budget annuel au ministre. En résumé, le collège est simplement un organisme délégué par l'intermédiaire duquel le gouvernement fournit un système d'éducation post-secondaire dans la province comme le montre à l'évidence sa qualité de mandataire de la Couronne. Le collège est dans une situation très différente des universités, comme l'université de la Colombie-Britannique visée dans l'arrêt *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, rendu en même temps que celui-ci, qui, bien que largement dépendante du financement du gouvernement, gère ses propres affaires; voir également l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité.

Bien que les relations de travail des mandataires de la Couronne soient généralement régies par la *Public Service Labour Relations Act*, R.S.B.C.

s. 1(1), that is not so of the college. Its collective bargaining is by virtue of s. 53 of its constituent Act governed by the *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212 (at the relevant times called the *Labour Code*). The college is an employer and the respondent association a "trade union" for the purposes of that Act. The association was certified as the exclusive agent for a bargaining unit of teaching and library employees of the college. Pursuant to the Act, the college and the association have entered into a series of collective agreements, which, of course, are binding upon the employees as well. The relevant agreement became effective in May 1985 with a contractual period running from April 1, 1983 to March 31, 1987. The agreement, be it noted, came into effect after the commencement of the *Charter*.

This collective agreement contained a clause (Article 4.04) providing for mandatory retirement at age 65. It reads as follows:

4.04 A faculty member shall retire from continuous full-time employment at the College on August 31st next following the employee's 65th birthday.

The clause had in fact existed in the same form through five collective agreements, both before and after the commencement of the *Charter*.

Finally, reference must be made to the *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, c. 32, which applied to the appellant from 1982 through 1987. As its name implies, that Act was designed to restrain and stabilize levels of compensation paid or provided by designated "public sector employers" to or for the benefit of their employees (s. 2.1). A Commissioner appointed under the Act was empowered, *inter alia*, to review the "compensation plans", including terms and conditions of collective agreements to ensure that guidelines established pursuant to that Act were not exceeded. If the Commissioner determined that a compensation plan was outside the guidelines, he could either remit it to the parties for renegotiation, or order that it be subject to the regulations (ss. 9, 14, 15, 16).

1979, ch. 346, par. 1(1), ce n'est pas le cas du collège. En vertu de l'art. 53 de sa loi constitutive, sa convention collective est régie par l'*Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212 (le *Labour Code* à l'époque pertinente). Le collège est un employeur et l'association intimée un «syndicat» aux fins de cette loi. L'association a été accréditée comme l'agent négociateur exclusif de l'unité de négociation composée des enseignants et du personnel de la bibliothèque du collège. Conformément à la Loi, le collège et l'association ont conclu plusieurs conventions collectives qui évidemment lient aussi tous les employés. La convention en cause, entrée en vigueur en mai 1985, s'appliquait du 1^{er} avril 1983 au 31 mars 1987. Il faut noter que la convention est entrée en vigueur après l'adoption de la *Charte*.

Cette convention collective contenait une clause (article 4.04) qui prévoyait la retraite obligatoire à 65 ans:

[TRADUCTION]

4.04 Le membre de la faculté qui occupe un poste à temps plein à titre permanent prend sa retraite le 31 août suivant son 65^e anniversaire de naissance.

En fait, la même clause se retrouvait dans cinq conventions collectives, signées avant ou après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Enfin, il convient de mentionner la *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32, qui s'appliquait à l'appelant de 1982 à 1987. Comme son titre l'indique, cette loi visait à restreindre et stabiliser les taux d'indemnisation versés ou prévus par des [TRADUCTION] «employeurs du secteur public» désignés à leurs employés ou à leur avantage (art. 2.1). Un commissaire nommé en vertu de la Loi avait notamment le pouvoir d'examiner les [TRADUCTION] «régimes d'indemnisation», y compris les clauses des conventions collectives pour veiller à ce que les directives établies conformément à cette loi soient respectées. Si le commissaire constatait qu'un régime d'indemnisation ne respectait pas les directives, il pouvait soit demander aux parties de le renégocier, soit ordonner son assujettissement à la réglementation (art. 9, 14, 15, 16).

Annually, from 1982 through 1985, the Commissioner reviewed the "compensation plans" contained in the collective agreements negotiated by the appellant and the respondent. Article 4.04 of the collective agreement was never the subject of a specific and separate submission to the Commissioner for review. However, the collective agreement as a whole, including Article 4.04, was submitted to the Commissioner. I should add that the Act is no longer in force.

The proceedings arose out of a grievance by two faculty members who were about to be retired on August 31, 1986. They challenged Article 4.04 as violating s. 15(1) of the *Charter*. An arbitrator was appointed pursuant to Article 15.03 of the collective agreement to determine the issue. His jurisdiction, as set forth in Article 15.03(d)(i), is as follows:

15.03 ...

(d) ...

- (i) Subject to the jurisdiction vested in an arbitrator or Arbitration Board under Part 6 of the Labour Code of British Columbia, the Arbitrator shall have jurisdiction and authority to interpret and apply the provisions of this Agreement insofar as it may be necessary to the determination of the grievance referred to him/her. He/she shall not have the jurisdiction to alter, amend, add to or delete from any of the provisions of this Agreement, or make any decision which is inconsistent with the provisions of this Agreement.

This provision, as noted in Article 15.03(d)(i), must be read in conjunction with Part VI of the then *Labour Code*, s. 98 and, particularly, para. (g), which has special relevance. Section 98 reads:

98. For the purposes set out in section 92, an arbitration board has the authority necessary to provide a final and conclusive settlement of a dispute arising under a collective agreement, and without limiting the generality of the foregoing, has authority to

- (a) make an order fixing and determining the monetary value of an injury or loss suffered by an employer, trade union or other person as a result of a contravention of a collective agreement, and directing a person to pay a person all or part of the amount of that monetary value;

Tous les ans, de 1982 à 1985, le commissaire a examiné les «régimes d'indemnisation» contenus dans les conventions collectives négociées par l'appelant et l'intimée. L'article 4.04 de la convention collective n'a jamais été soumis spécifiquement ou séparément à l'examen du commissaire. Cependant, la convention collective dans son ensemble, y compris l'article 4.04, a été présentée au commissaire. Il faut ajouter que la Loi n'est plus en vigueur.

Les procédures découlent d'un grief présenté par deux membres de la faculté qui devaient prendre leur retraite le 31 août 1986. Ils ont contesté l'article 4.04 qui, selon eux, viole le par. 15(1) de la *Charte*. Conformément à l'article 15.03 de la convention collective, un arbitre a été nommé pour se prononcer sur la question. L'alinéa 15.03d)(i) définit sa compétence de la façon suivante:

[TRADUCTION] 15.03 ...

d) ...

- (i) Sous réserve des pouvoirs conférés à un arbitre ou au conseil d'arbitrage en vertu de la partie 6 du Labour Code de la Colombie-Britannique, l'arbitre peut interpréter et appliquer les dispositions de la convention dans les limites nécessaires à la détermination du grief dont il est saisi. Il ne peut ajouter, supprimer ou modifier quoi que ce soit dans les dispositions de la convention ou rendre des décisions incompatibles avec les dispositions de la convention.

Comme l'indique l'al. 15.03d)(i), cette disposition doit être lue en corrélation avec l'art. 98 de la partie VI du *Labour Code* de l'époque et, plus précisément, l'al. g), qui revêt une importance particulière. L'article 98 se lit ainsi:

[TRADUCTION] 98. Aux fins de l'article 92, le conseil d'arbitrage a le pouvoir de régler définitivement tout différend qui naît de la convention collective et, sans limiter la généralité de ce qui précède, il peut

- a) rendre une ordonnance fixant l'indemnité pour le préjudice ou la perte subis par l'employeur, le syndicat ou toute autre personne par suite de la violation de la convention collective et ordonner à une partie de verser à une autre la totalité ou une partie de l'indemnité;

- | | | |
|---|--|---|
| <p>(b) order an employer to reinstate an employee dismissed in contravention of a collective agreement;</p> <p>(c) order an employer or trade union to rescind and rectify a disciplinary action taken in respect of an employee that was imposed in contravention of a collective agreement;</p> <p>(d) determine that a dismissal or discipline is excessive in all circumstances of the case and substitute other measures that appear just and equitable;</p> <p>(e) relieve, on just and reasonable terms, against breaches of time limits or other procedural requirements set out in the collective agreement;</p> <p>(f) dismiss or reject an application or grievance, or refuse to settle a difference, where in the arbitration board's opinion, there has been unreasonable delay by the person bringing the application or grievance, or requesting the settlement, and the delay has operated to the prejudice or detriment of the other party to the difference; and</p> <p>(g) <u>interpret and apply any Act intended to regulate the employment relationship of the persons bound by a collective agreement, notwithstanding that its provisions conflict with the terms of the collective agreement.</u> [Emphasis added.]</p> | <p>a</p> <p>b</p> <p>c</p> <p>d</p> <p>e</p> | <p>b) ordonner à l'employeur de réintégrer l'employé congédié en violation de la convention collective;</p> <p>c) ordonner à l'employeur ou au syndicat de rescinder ou de rectifier une mesure disciplinaire prise envers un employé en violation de la convention collective;</p> <p>d) décider que le congédiement ou la mesure disciplinaire est excessif compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire et y substituer les mesures justes et équitables;</p> <p>e) remédier, à des conditions justes et raisonnables, aux violations des délais ou des autres exigences procédurales établies dans la convention collective;</p> <p>f) rejeter une demande ou un grief, ou refuser de régler un différend lorsque, de l'avis du conseil d'arbitrage, l'auteur de la demande, du grief ou du règlement demandé, a abusé des délais et que ceux-ci ont causé préjudice à l'autre partie; et</p> <p>g) <u>interpréter et appliquer toute loi visant à régir les relations de travail des personnes liées par une convention collective, nonobstant toute incompatibilité de ses dispositions avec celles de la convention collective.</u> [Je souligne.]</p> |
|---|--|---|

Judicial History

Arbitration Award

In his preliminary award, the arbitrator held that the college, "being the child of provincial legislation under which it is not only created and operated, but regulated", is a Crown agency. The *Charter*, therefore, applied to it, and any action taken by it in pursuance of its powers vested in it by the legislature constituted a "law" within the meaning of s. 15(1) thereof. The provisions of the agreement, in so far as they touched upon matters dealt with in the *Charter*, may be struck down if they offend the *Charter*.

The arbitrator further found that the collective agreement between the parties is not a private agreement but amounted to a law or regulation of a government agency. Accordingly, the *Charter* applied. He did not deal in this preliminary award with the two other principal issues involved in the dispute, i.e., whether or not Article 4.04 of the collective agreement fell within "reasonable limits prescribed by law" under s. 1 of the *Charter* or

L'historique judiciaire

La sentence arbitrale

Dans sa décision préliminaire, l'arbitre a conclu que le collège, [TRADUCTION] «créé par une loi provinciale qui non seulement l'établit et le régit, mais le réglemente aussi», est un mandataire de la Couronne. Par conséquent, la *Charte* s'applique et toute mesure prise en exécution des pouvoirs que lui confère la législature constitue une «loi» au sens du par. 15(1) de la *Charte*. Les dispositions de la convention, dans la mesure où elles portent sur des questions traitées par la *Charte*, peuvent être invalidées si elles lui portent atteinte.

L'arbitre a conclu en outre que la convention collective entre les parties n'est pas une entente privée mais constitue une loi ou une réglementation d'un mandataire du gouvernement. Par conséquent, la *Charte* s'applique. Dans cette décision préliminaire, il n'a pas traité des deux autres principales questions litigieuses, c'est-à-dire, si l'article 4.04 de la convention collective relevait de «limites . . . raisonnables» prescrites par «une règle de droit»

whether the association was estopped from claiming the benefits of the *Charter*.

Court of Appeal

An appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed. The court found that the act of the appellant, in inserting a mandatory retirement provision into the collective agreement, is governmental in nature. In this respect, the court observed that the control exercised by the government over the college's affairs generally, in addition to its approval of the collective agreement under the *Compensation Stabilization Act*, permitted no other conclusion. The collective agreement could not be viewed as a private internal matter between the parties but was, rather, the result of the exercise of governmental power. Consequently, the *Charter* applied.

Having observed that the meaning of "law" in s. 15 of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* had not been considered by this Court, the Court of Appeal, in the circumstances of this case, found it unnecessary to go further than to define "law" as "comprehending a rule or a system of rules formulated by government and imposed upon the whole or a segment of society" (p. 184). Law, it stated, may be made by a body exercising governmental power. The fact that the collective agreement takes effect only upon the approval of the Commissioner under the *Compensation Stabilization Act* "takes it out of the realm of a privately negotiated agreement and places it in the realm of law, subjecting it to scrutiny under s. 15(1) of the *Charter*" (p. 184).

In the Court of Appeal's opinion, the arbitrator, upon concluding that the mandatory retirement provision of the collective agreement infringed s. 15(1), had jurisdiction to declare the impugned article of the agreement of no force or effect pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. It, therefore, found it unnecessary to consider s. 24(1) of the *Charter*.

au sens de l'article premier de la *Charte* ou si l'association pouvait prétendre ou non aux avantages de la *Charte*.

a La Cour d'appel

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel. La cour a conclu que la mesure prise par l'appellant en insérant une disposition sur la retraite obligatoire dans la convention collective est de nature gouvernementale. À cet égard, la cour a fait observer que le contrôle exercé par le gouvernement sur les affaires du collège en général, en plus de son approbation de la convention collective en vertu de la *Compensation Stabilization Act*, ne justifiait aucune autre conclusion. La convention collective devait être considérée non pas comme une question de régie interne entre les parties mais comme le résultat de l'exercice d'un pouvoir gouvernemental. Par conséquent, la *Charte* s'appliquait.

Ayant souligné que la signification de «loi» à l'art. 15 de la *Charte* et «règle de droit» au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'avait pas été examinée par notre Cour, la Cour d'appel, compte tenu des circonstances de cette affaire, a décidé qu'il suffisait de définir le terme «loi» comme [TRADUCTION] «comprenant une règle ou un système de règles formulées par le gouvernement et imposées à l'ensemble ou à une partie de la société» (p. 184). La loi, selon la Cour d'appel, pouvait être établie par un organisme exerçant un pouvoir gouvernemental. Le fait que la convention collective n'entre en vigueur que sur approbation du commissaire en vertu de la *Compensation Stabilization Act*, [TRADUCTION] «l'écarte du domaine des ententes négociées entre particuliers et la place dans le domaine de la loi» et l'assujettit donc à l'examen prévu au par. 15(1) de la *Charte*» (p. 184).

De l'avis de la Cour d'appel, l'arbitre, en décidant que la disposition de la convention collective sur la retraite obligatoire portait atteinte au par. 15(1), avait compétence pour déclarer inopérante la disposition contestée de la convention en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a donc jugé inutile d'examiner le par. 24(1) de la *Charte*.

Application was then made to appeal to this Court. The application was granted and the following constitutional questions were stated:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the negotiation and administration of the retirement provision in the collective agreement between the appellant and the respondent?
2. Is such provision or its application "law" as that term is used in s. 15(1) of the *Charter*?
3. Is an arbitration board appointed by the parties under the collective agreement to resolve a grievance disputing the constitutionality of such provision a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*?
4. Does an arbitration board have jurisdiction to hear and determine such a grievance?

Interventions were filed by the Attorneys General of Canada and Saskatchewan.

The Application of the Charter

The issue raised in the first constitutional question may be quickly disposed of. As its constituent Act makes clear, the college is a Crown agency established by the government to implement government policy. Though the government may choose to permit the college board to exercise a measure of discretion, the simple fact is that the board is not only appointed and removable at pleasure by the government; the government may at all times by law direct its operation. Briefly stated, it is simply part of the apparatus of government both in form and in fact. In carrying out its functions, therefore, the college is performing acts of government, and I see no reason why this should not include its actions in dealing with persons it employs in performing these functions. Its status is wholly different from the universities in the companion cases of *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, and *Harrison v. University of British Columbia*, *supra*, which, though extensively regulated and funded by government, are essentially autonomous bodies. Accordingly, the actions of the college in the negotiation and administration of the collective agreement between the college and the association are those of the government for the

Une demande d'autorisation de pourvoi a été présentée à notre Cour. L'autorisation a été accordée et les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à la négociation et à l'administration de la disposition sur la retraite dans la convention collective liant l'appelant et l'intimée?
2. Cette disposition ou son application constitue-t-elle la «loi» au sens de ce terme au par. 15(1) de la *Charte*?
3. Un conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu de la convention collective pour résoudre un grief contestant la constitutionnalité de cette disposition est-il un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*?
4. Un conseil d'arbitrage peut-il connaître d'un tel grief?

Les procureurs généraux du Canada et de la Saskatchewan sont intervenus.

L'application de la Charte

On peut rapidement répondre à la première question constitutionnelle. Comme sa loi constitutive l'indique clairement, le collège est un mandataire de la Couronne établi par le gouvernement pour mettre en œuvre une politique gouvernementale. Bien que le gouvernement puisse permettre au conseil du collège d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les membres du conseil sont nommés à titre amovible par le gouvernement et que celui-ci peut en tout temps régler le fonctionnement du collège par loi. En résumé, il fait simplement partie de l'appareil gouvernemental tant dans la forme que dans les faits. Par conséquent, dans l'exécution de ses fonctions, le collège exécute des actes gouvernementaux, et je ne vois aucune raison de ne pas inclure dans cela les mesures prises envers les personnes qu'il embauche pour exécuter ces fonctions. Son statut est tout à fait différent de celui des universités dans les pourvois connexes *McKinney c. Université de Guelph* et *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, précités, qui, bien qu'elles soient considérablement réglementées et subventionnées par le gouvernement, sont essentiellement des organismes autonomes. Par consé-

purposes of s. 32 of the *Charter*. The *Charter*, therefore, applies to these activities.

I take this position quite independently of the application of other government Acts, notably the *Compensation Stabilization Act*, which regulate the "public sector" including bodies like universities which do not form part of government; see *Harrison v. University of British Columbia*. I have described the *Compensation Stabilization Act* earlier. With respect, I do not think a statute providing that certain bodies conform to compensation guidelines for the purposes of stabilizing and restraining compensation in organizations within and outside government makes the bodies subject to that regime part of government, or makes settlements negotiated in the shadow of such a statute acts of government. As I mentioned in *McKinney v. University of Guelph*, the fact that a body is heavily regulated and funded by government does not, by that mere fact, become part of the apparatus of government. However, the college in my view forms part of the apparatus for the reasons already given.

Is the Collective Agreement "Law"?

For reasons discussed in *McKinney v. University of Guelph*, *supra*, I am of the view that the collective agreement is law. It was entered into by a government agency pursuant to powers granted to that agency by statute in furtherance of government policy. The fact that the collective agreement was agreed to by the appellant association does not alter the fact that the agreement was entered into by government pursuant to statutory power and so constituted government action. To permit government to pursue policies violating *Charter* rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated. The transparency of the device can be seen if one contemplates a government contract discriminating on the ground of race rather than age. It may be that age can constitute a rational basis for a party to agree

quent, les actions du collège dans la négociation et l'application de la convention collective entre le collège et l'association sont celles du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Par conséquent, a la *Charte* s'applique à ces activités.

J'adopte cette conclusion indépendamment de l'application d'autres lois gouvernementales, telle la *Compensation Stabilization Act*, qui régissent le «secteur public», y compris des organismes comme les universités qui ne font pas partie du gouvernement; voir l'arrêt *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*. J'ai déjà décrit la *Compensation Stabilization Act*. Avec égards, je ne crois pas qu'une loi prévoyant que certains organismes doivent se conformer aux directives en matière d'indemnisation, aux fins de stabiliser et de restreindre les indemnisations dans certains organismes qui relèvent ou non du gouvernement, fasse des organismes assujettis à ce régime des organismes du gouvernement ou fasse de leurs règlements négociés dans le cadre d'une telle loi des mesures du gouvernement. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, le fait qu'un organisme soit fortement réglementé et subventionné par le gouvernement ne suffit pas à lui seul à en faire une partie de l'appareil gouvernemental. À mon avis, le collège fait cependant partie de l'appareil gouvernemental pour les motifs déjà exposés.

La convention collective est-elle une «loi»?

Pour les raisons examinées dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, précité, je suis d'avis que la convention collective est une loi. Elle a été conclue par un mandataire du gouvernement en application des pouvoirs qui lui étaient conférés par une loi dans la poursuite d'une politique gouvernementale. Même si l'association intimée a donné son accord à la convention collective, cela ne change rien au fait que le gouvernement l'a conclue en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elle était ainsi une mesure gouvernementale. On ne peut tolérer que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la *Charte* au moyen de contrats et d'ententes conclus avec d'autres personnes ou organismes. Le moyen est transparent si l'on pense à un contrat gouvernemental qui établirait une discrimination fondée sur

to contract out of certain rights and thus be open to the defences of waiver or estoppel or again that it may in certain circumstances constitute a reasonable limitation under s. 1. These are issues, however, which were not before the Board or the courts below and I refrain from commenting upon them further.

The Jurisdiction of the Arbitrator

Preliminary

I now turn to the third and fourth constitutional questions. For convenience, I repeat these. They read:

3. Is an arbitration board appointed by the parties under the collective agreement to resolve a grievance disputing the constitutionality of such provision a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*?
4. Does an arbitration board have jurisdiction to hear and determine such a grievance?

Section 24(1) of the *Charter*, mentioned in the third constitutional question, provides for application to a "court of competent jurisdiction" when a *Charter* right has been infringed or denied. It reads:

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

Though, it is not mentioned in the constitutional questions, s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, which provides that any law that is inconsistent with the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, is also relevant. It reads:

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

The Court of Appeal declined to comment on whether the arbitrator was a court of competent

la race plutôt que sur l'âge. Il se peut que l'âge soit une justification rationnelle d'une convention qui écarterait certains droits et qui pourrait donner lieu aux moyens de défense de renonciation ou d'irrecevabilité ou encore que l'âge puisse constituer dans certaines circonstances une limite raisonnable en vertu de l'article premier. Cependant, ces questions n'ont pas été soulevées devant le conseil ou les tribunaux d'instance inférieure et je m'abstiens d'ajouter d'autres commentaires à leur sujet.

La compétence de l'arbitre

Observations préliminaires

J'examine maintenant les troisième et quatrième questions constitutionnelles. Par souci de commodité, je les cite de nouveau:

3. Un conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu de la convention collective pour résoudre un grief contestant la constitutionnalité de cette disposition est-il un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*?
4. Un conseil d'arbitrage peut-il connaître d'un tel grief?

Le paragraphe 24(1) de la *Charte*, mentionné dans la troisième question constitutionnelle, parle d'une demande à un «tribunal compétent» lorsqu'il y a eu violation ou négation des droits reconnus par la *Charte*. Il se lit ainsi:

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

Bien qu'il ne soit pas mentionné dans les questions constitutionnelles, le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui prévoit que la Constitution rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, est également pertinent. Il se lit ainsi:

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

La Cour d'appel a refusé de se prononcer sur la question de savoir si l'arbitre était un tribunal

jurisdiction under s. 24(1). It held that no relief was sought under that provision, thus removing the necessity of considering the issue. It held, rather, that under s. 52, if the arbitrator found a violation of s. 15 of the *Charter*, he could declare the clause of the collective agreement of no force or effect.

The Position of the Parties

In this Court, counsel for the college argued that s. 52(1) is not a jurisdiction granting provision and that a body holding a law of no force or effect must still be a court of competent jurisdiction under s. 24(1) which allocates authority to remedy *Charter* infringements by striking down offending laws or by making other appropriate or just orders. An arbitration board, he continued, is simply not a court within the meaning of s. 24(1). Alternatively, he argued, the arbitrator had no jurisdiction over the subject matter of the dispute or the remedy sought. The arbitrator's jurisdiction derived from the parties' collective agreement and from the applicable labour relations legislation. While s. 98(g) of the *Labour Code* gave an arbitrator jurisdiction to "interpret and apply any Act intended to regulate the employment relationship . . . notwithstanding that its provisions conflict with the terms of the collective agreement", the *Charter*, counsel maintained, did not fall within the type of Act contemplated by this section. He also submitted that the rather informal arbitration process is not the proper forum for raising *Charter* issues.

Counsel for the respondent, however, argued that at common law a court of competent jurisdiction covered every possible court which is made competent to entertain the matter in dispute. *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, he noted, concluded that a court of competent jurisdiction is a body that has, independently of the *Charter*, jurisdiction over the parties, subject matter and remedy sought. The arbitrator, counsel maintained, meets these criteria by virtue of the *Labour Code* provisions and the terms of the collective agreement.

compétent en vertu du par. 24(1). Elle a souligné qu'aucune réparation n'était demandée en vertu de cette disposition et qu'elle n'avait donc pas à examiner la question. Elle a plutôt décidé que, en vertu de l'art. 52, si l'arbitre concluait à la violation de l'art. 15 de la *Charte*, il pouvait déclarer inopérante la clause de la convention collective.

b La thèse des parties

Devant notre Cour, l'avocat du collège a soutenu que le par. 52(1) ne confère pas compétence et que l'organisme qui déclare une loi inopérante doit être un tribunal compétent en vertu du par. 24(1) qui confère le pouvoir de remédier à des violations de la *Charte* en invalidant les dispositions législatives contestées ou en rendant d'autres ordonnances convenables et justes. Il a soutenu en outre qu'un conseil arbitral n'est tout simplement pas un tribunal au sens du par. 24(1). Il a soutenu subsidiairement que l'arbitre n'avait pas compétence sur l'objet du litige ou la réparation demandée. La compétence de l'arbitre découle de la convention collective des parties et de la législation applicable en matière de relations de travail. Bien que l'al. 98g) du *Labour Code* permette à l'arbitre [TRANSDUCTION] «[d']interpréter et appliquer toute loi visant à régir les relations de travail . . . nonobstant toute incompatibilité de ses dispositions avec celles de la convention collective», la *Charte*, selon l'avocat, n'était pas le genre de loi visée par cette disposition. Il a également prétendu que le processus assez informel de l'arbitrage n'est pas le forum approprié pour soulever des questions relatives à la *Charte*.

L'avocat de l'intimée a soutenu, par contre, qu'en common law un tribunal compétent comprend tout tribunal ayant compétence pour entendre le litige. Il a souligné que l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, a dit qu'un tribunal compétent est un organisme qui, indépendamment de la *Charte*, a compétence sur les parties, l'objet du litige et la réparation demandée. L'avocat a soutenu que l'arbitre satisfaisait à ces critères en vertu des dispositions du *Labour Code* et des clauses de la convention collective.

Counsel for the intervener, the Attorney General of Canada, argued that the third constitutional question should be answered in the negative but the fourth question should be answered in the affirmative. He submitted that an arbitration board cannot be a court of competent jurisdiction within the meaning of s. 24(1) of the *Charter* because that provision merely recognizes that where a tribunal already has jurisdiction over the matter and remedy sought, an aggrieved person may apply to that body for such remedy for a *Charter* violation as that body is empowered to grant. A collective agreement, he added, cannot constitute a private person as a court, or authorize an arbitrator to determine the validity or effectiveness of a law of a province or of Canada. An arbitrator has no greater powers than those given under the terms of the collective agreement. However, in his view, an arbitrator, though not a court of competent jurisdiction for the purposes of s. 24(1), does have the authority to determine what the applicable law is and to proceed to fulfill his mandate in a manner consistent with the *Charter*. Thus, he could on that basis determine that a provision of a collective agreement is invalid or unenforceable as being inconsistent with the *Charter*.

The second intervener, the Attorney General for Saskatchewan, sought to have both the third and fourth questions answered in the negative. His position is that neither s. 24(1) of the *Charter* nor s. 52 of the *Constitution Act, 1982* operate as an independent source of authority to decide *Charter* questions. A tribunal, in his view, must exercise its powers consistently with the *Charter*. A tribunal may find legislation invalid or grant a formal *Charter* remedy but only if so empowered by its governing legislation, which it was submitted, the arbitrator was not granted either under the collective agreement or the appropriate legislation. The Attorney General also maintained that any allocation of jurisdiction over *Charter* issues is subject to the limitations in s. 96 of the *Constitution Act, 1867* and the general requirement in s. 24(1) of the *Charter* that individuals must be able to vindicate their rights in court.

L'avocat du procureur général du Canada, intervenant, a soutenu qu'on devrait répondre par la négative à la troisième question constitutionnelle et par l'affirmative à la quatrième. Il a soutenu qu'un conseil arbitral ne peut être un tribunal compétent au sens du par. 24(1) de la *Charte* parce que la disposition ne fait que reconnaître que, lorsqu'un tribunal a déjà compétence sur l'objet et la réparation demandée, le plaignant peut s'adresser à cet organisme pour obtenir la réparation que cet organisme peut accorder en cas de violation de la *Charte*. Il a ajouté qu'une convention collective ne peut faire d'un particulier un tribunal ni permettre à un arbitre de se prononcer sur la validité ou l'applicabilité d'une loi d'une province ou du Canada. L'arbitre n'a pas de pouvoirs plus étendus que ceux que lui confère la convention collective. À son avis toutefois, un arbitre, bien qu'il ne soit pas un tribunal compétent aux fins du par. 24(1), a le pouvoir de décider quelle est la loi applicable et d'exécuter son mandat d'une manière conforme à la *Charte*. Sur ce fondement, il peut donc décider qu'une disposition d'une convention collective est invalide ou inopérante parce qu'incompatible avec la *Charte*.

Le deuxième intervenant, le procureur général de la Saskatchewan, a demandé qu'on réponde par la négative aux troisième et quatrième questions constitutionnelles. Selon lui, ni le par. 24(1) de la *Charte* ni l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne peuvent servir de fondement indépendant au pouvoir de se prononcer sur des questions relatives à la *Charte*. À son avis, un tribunal doit exercer ses pouvoirs de manière conforme à la *Charte*. Un tribunal ne peut décider qu'une loi est invalide ou accorder une réparation formelle en vertu de la *Charte* que s'il en a le pouvoir en vertu de sa loi habilitante, pouvoir que, a-t-on prétendu, ni la convention collective ni la législation appropriée ne conférerait à l'arbitre. Le procureur général a également soutenu que l'attribution de compétence sur les questions relatives à la *Charte* est assujettie aux limites de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'exigence générale du par. 24(1) de la *Charte* que les personnes puissent faire valoir leurs droits devant un tribunal.

The Cases

In sum, the appellant—and in this he was joined by the Attorney General for Saskatchewan—argued that the arbitrator has no jurisdiction to apply the *Charter*. This position receives support from a number of judgments by Marceau J. of the Federal Court of Appeal, who is a strong exponent of this view. He first set forth this view in *Canada v. Vincer*, [1988] 1 F.C. 714. In that case, the father of two dependent children who had separated from his wife under an agreement whereby the children would reside with each parent an equal amount of time, applied for half the amounts payable pursuant to the *Family Allowances Act*, 1973, S.C. 1973-74, c. 44, in respect of the two children. His application was refused on the ground that family allowance was not divisible and was under the Act ordinarily payable to the mother except in exceptional situations provided in the regulations, in which the applicant did not fit. A review committee set up under the Act, however, decided in favour of the applicant because, in its view, the provisions of the Act and the regulations appeared to be in violation of the *Charter* and the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33. It, therefore, recommended that these provisions be reviewed. An application was then made under s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, attacking this decision. At issue was whether the review committee had jurisdiction to deal with the *Charter* question.

The Federal Court of Appeal held that it did not. Pratte J.'s holding, however, was based on the view that the impugned provisions did not violate the *Charter*, and that of Stone J. on the fact that the statute, as written, did not endow the review committee with the mandate to apply the *Charter*. Only Marceau J.'s reasons, therefore, support the broad proposition of the appellant and the Attorney General for Saskatchewan.

Marceau J. first rejected the submission that the review committee could derive jurisdiction directly from s. 24(1) of the *Charter*. Citing *Mills v. The Queen*, *supra*, he stated that it was now firmly

La jurisprudence

En résumé, l'appellant—et le procureur général de la Saskatchewan à cet égard—soutient que l'arbitre n'a pas compétence pour appliquer la *Charte*. Cette thèse trouve appui dans plusieurs jugements du juge Marceau de la Cour d'appel fédérale qui est un ardent défenseur de cette opinion. Il a d'abord exposé ce point de vue dans l'arrêt *Canada c. Vincer*, [1988] 1 C.F. 714. Dans cette affaire, le père de deux enfants à charge, séparé de son épouse en vertu d'une entente selon laquelle les enfants résideraient pendant un temps égal chez chacun des parents, demandait la moitié des sommes payables en vertu de la *Loi de 1973 sur les allocations familiales*, S.C. 1973-74, ch. 44, pour ses deux enfants. Sa demande a été rejetée parce que les allocations familiales ne sont pas divisibles et parce qu'en vertu de la loi, elles sont habituellement payables à la mère sauf dans des circonstances exceptionnelles prévues par les règlements qui ne s'appliquaient pas au demandeur. Cependant, le comité de révision établi en vertu de la Loi s'était prononcé en faveur du requérant parce qu'à son avis les dispositions de la Loi et des règlements semblaient violer la *Charte* et la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33. Il avait donc recommandé l'examen de ces dispositions. Cette décision a été attaquée dans une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10. La question était de savoir si le comité de révision avait compétence pour trancher la question relative à la *Charte*.

La Cour d'appel fédérale a conclu que le comité n'avait pas compétence. L'opinion du juge Pratte était cependant fondée sur le point de vue que les dispositions contestées ne violaient pas la *Charte* et celle du juge Stone sur le fait que la loi, telle que rédigée, ne conférait pas au comité de révision le mandat d'appliquer la *Charte*. Par conséquent, seuls les motifs du juge Marceau appuient l'argumentation générale de l'appellant et du procureur général de la Saskatchewan.

Le juge Marceau a d'abord rejeté la prétention que le comité de révision pouvait tirer sa compétence directement du par. 24(1) de la *Charte*. Citant l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, il a

established that the *Charter* did not itself confer jurisdiction on any court or tribunal. Jurisdiction, he added, must be found in a statute and must extend not only to the subject matter of the application, but to the parties involved and the remedy sought. In the statute before him, there was no authority to pay the amounts as claimed. Besides, he added, the power conferred under the English version of s. 24(1) was limited to a "court", and while the French version spoke of "tribunal", bilingual legislation should not normally be construed so as to give a meaning in one version that the corresponding expression in the other would not bear.

Marceau J. then disposed of the submission that the position taken by the committee did not amount to a declaration of the law, but merely took a view of the law. The difficulty he saw in this is that it applied that law and that, declaration or not, it would serve as a precedent like any other judgment. In this context, he also saw difficulties arising out of the judicature sections of the *Constitution Act, 1867* as is evident from later remarks in his reasons.

Finally, and this is related to the last point, he was of the view that for a tribunal to be entitled to challenge the constitutional validity of an Act of Parliament, it must be part of the judicial branch of government. As he saw it, each of the three branches of government—legislative, executive and judicial—has exclusive functions, and that of controlling the legal validity of enactments of Parliament or the legislatures fell exclusively to the judicial branch.

Marceau J. has continued to maintain his position in strong reasons in the subsequent cases of *Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des Employeurs maritimes* (1988), 89 N.R. 278 (F.C.A.), and *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, [1989] 3 F.C. 233, in which he took the opportunity of refuting a number of arguments made against his position. Here again, however, Marceau J. was unable to rally the other members of the panels, which decided the issues in those cases on narrower grounds. Some support for

affirmé qu'il est maintenant clairement établi que la *Charte* ne confère en elle-même aucune compétence à quelque cour ou tribunal que ce soit. Il a ajouté que la compétence doit être prévue dans une loi et doit s'étendre non seulement à l'objet de la demande, mais aux parties intéressées et à la réparation recherchée. Dans la loi en cause devant lui, le pouvoir de verser les allocations de la manière demandée n'existait pas. Il a ajouté que le pouvoir conféré en vertu de la version anglaise du par. 24(1) était limité à une «court» et que, bien que la version française parle d'un «tribunal», l'interprétation de dispositions législatives bilingues ne devrait pas normalement donner à un terme une signification que le terme correspondant dans l'autre version ne pourrait avoir.

Le juge Marceau a ensuite traité de l'argument que la décision prise par le comité ne constituait pas une décision sur le droit, mais simplement une opinion. À son avis, la difficulté tenait à ce que le comité avait appliqué le droit et que, décision ou non, il s'agirait d'un précédent comme tout autre jugement. Dans ce contexte, il voyait également des difficultés découlant des dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur le pouvoir judiciaire comme les remarques ultérieures dans ses motifs l'indiquent.

Enfin, et cela se rapporte au dernier point, il était d'avis que pour qu'un tribunal puisse contester la validité constitutionnelle d'une loi du Parlement, il devait faire partie du pouvoir judiciaire du gouvernement. Selon lui, chacun des trois pouvoirs—les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire—a des fonctions exclusives et le contrôle de la validité des dispositions législatives du Parlement ou des législatures relève exclusivement du pouvoir judiciaire.

Le juge Marceau a confirmé son opinion dans ses motifs des arrêts ultérieurs *Terminaux portuaires du Québec Inc. c. Association des Employeurs maritimes* (1988), 89 N.R. 278 (C.A.F.), et *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, [1989] 3 C.F. 233, où il a saisi l'occasion de réfuter plusieurs arguments s'opposant à son opinion. Encore une fois, le juge Marceau n'a pu rallier les autres juges siégeant dans la même affaire et qui ont tranché ces questions sur des motifs plus restreints. Sa

his position may, however, be found in the majority decision of the Ontario Court of Appeal in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (leave to appeal denied, [1986] 1 S.C.R. xii). There a majority held that the Ontario Human Rights Commission was right in holding that it had no jurisdiction to consider Mrs. Blainey's claim that she could not complain of sexual discrimination against her daughter by an athletic organization because a provision of the Code expressly excepted that behaviour from the general prohibition against sexual discrimination. This determination was later relied on by Finlayson J.A., dissenting, in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 125 (Ont. C.A.), at pp. 147-48, but the majority decided otherwise.

The courts have been unanimous that for a court to be empowered to grant a remedy under s. 24(1) of the *Charter*, it must have jurisdiction over the subject matter, the parties and the remedy sought as suggested by Marceau J., although other judges have taken the view (following *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (Nfld. Prov. Ct.)) that a "tribunal" may be a court of competent jurisdiction within the meaning of that section. I need not go into the matter at this juncture, but will turn to a consideration of the decisions dealing with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

The predominant position among the courts is that in the exercise of its statutory mandate, a tribunal is empowered to examine and rule upon the constitutional validity of a statute it is called upon to apply. One of the first of these cases is *Re Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429, before the British Columbia Court of Appeal. In that case, the complainant, who had given birth to a child out of wedlock, took proceedings before Judge Auxier of the Provincial Court under the province's *Child Paternity and Support Act*, R.S.B.C. 1979, c. 49, alleging that the respondent was the father. If paternity was proven, he could be liable to maintain the child until it attained the

position peut cependant trouver un certain appui dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513 (autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xii), rendu à la majorité par la Cour d'appel de l'Ontario. Dans cet arrêt, la majorité a conclu que la Commission des droits de la personne de l'Ontario avait eu raison de conclure qu'elle n'avait pas compétence pour entendre la demande de M^{me} Blainey qui ne pouvait porter plainte contre la discrimination sexuelle exercée contre sa fille par une organisation sportive, en raison d'une disposition du Code qui écartait expressément ce comportement de l'interdiction générale de la discrimination sexuelle. Le juge Finlayson, dissident, dans l'arrêt *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)* (1989), 62 D.L.R. (4th) 125 (C.A. Ont.), aux pp. 147 et 148, s'est fondé sur cette décision mais la majorité en a décidé autrement.

Les tribunaux sont unanimes pour dire qu'un tribunal n'a le pouvoir d'accorder une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, que s'il a compétence sur l'objet de la demande, les parties et la réparation demandée, comme l'indique le juge Marceau, bien que certains juges aient exprimé l'opinion (suivant le raisonnement de l'arrêt *Re Nash and The Queen* (1982), 70 C.C.C. (2d) 490 (C. Prov. T.-N.)) qu'un «tribunal» peut être un tribunal compétent au sens de cet article. Je n'ai pas à aller plus loin sur cette question pour l'instant et je vais examiner les décisions traitant du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

L'opinion prédominante des tribunaux est que, dans l'exercice du mandat conféré par la loi, un tribunal a le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une loi qu'il est appelé à appliquer. L'une des premières décisions est l'arrêt *Re Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 429, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Dans cette affaire, la plaignante qui avait donné naissance à un enfant naturel a intenté une procédure devant le juge Auxier de la Cour provinciale en vertu de la *Child Paternity and Support Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 49, de la province alléguant que l'intimé était le père. Si la paternité était établie, le père pouvait être tenu de subvenir aux

age of 19. On a preliminary motion, however, the respondent sought a declaration that the Act was of no force or effect because it infringed s. 15(1) of the *Charter* by discriminating on the basis of sex because a putative father does not have the same remedies available to him under the Act if the mother abandons the child and the father is required to support it. Auxier, Prov. Ct. J., held that she had jurisdiction to entertain the issue, that the impugned provision violated s. 15(1) and that it was not saved by s. 1 of the *Charter*. The Attorney General then brought an appeal by way of stated case before Locke J. of the Supreme Court of British Columbia who affirmed the decision. To the question of whether Auxier, Prov. Ct. J., had exceeded her jurisdiction, he replied: "No, if limited to the particular case at bar, and not treated as a general declaration." The British Columbia Court of Appeal affirmed the decision. Dealing with the issue of jurisdiction, Macfarlane J.A., speaking for the court on this point, had this to say, at pp. 439-40:

It is clear that the power to make general declarations that enactments of Parliament or of the Legislature are invalid is a high constitutional power which flows from the inherent jurisdiction of the superior courts.

But it is equally clear that if a person is before a court upon a charge, complaint, or other proceeding properly within the jurisdiction of that court then the court is competent to decide that the law upon which the charge, complaint or proceeding is based is of no force and effect by reason of the provisions of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and to dismiss the charge, complaint or proceeding. The making of a declaration that the law in question is of no force and effect, in that context, is nothing more than a decision of a legal question properly before the court. It does not trench upon the exclusive right of the superior courts to grant prerogative relief, including general declarations.

This passage was shortly afterwards cited with approval by Pratte J., speaking for a unanimous

besoins de l'enfant jusqu'à l'âge de 19 ans. Dans une requête préliminaire, l'intimé a cependant demandé un jugement déclaratoire portant que la loi était inopérante parce qu'elle violait le par. 15(1) de la *Charte* en établissant une discrimination fondée sur le sexe, puisqu'un père putatif ne dispose pas des mêmes recours que la mère en vertu de la loi si celle-ci abandonne l'enfant et que le père doit en prendre soin. Le juge Auxier a décidé qu'elle avait compétence pour entendre la demande, que la disposition contestée violait le par. 15(1) et qu'elle n'était pas sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. Le procureur général a ensuite intenté un appel au moyen d'un exposé de cause devant le juge Locke de la Cour suprême de la Colombie-Britannique qui a confirmé la décision. À la question de savoir si le juge Auxier avait outrepassé sa compétence, il a répondu: [TRADUCTION] «Non, si la décision est restreinte aux faits particuliers de l'espèce et n'est pas considérée comme un jugement déclaratoire». La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la décision. Traitant de la question de la compétence, le juge Macfarlane, au nom de la cour sur ce point, a dit ceci, aux pp. 439 et 440:

[TRADUCTION] Il est avéré que le pouvoir de rendre un jugement déclaratoire sur la validité constitutionnelle des lois adoptées par le Parlement ou l'une des législatures ressortit à la compétence exclusive des instances supérieures.

Mais il est également avéré que si une personne comparaît devant un tribunal à la suite d'une inculpation, d'une plainte ou d'un autre acte de procédure qui relève régulièrement de la compétence de ce dernier, il s'ensuit que le tribunal a compétence d'une part, pour juger que la loi sur laquelle repose l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure est inopérante ou fait des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et d'autre part, pour rejeter l'inculpation, la plainte ou l'autre acte de procédure. Le prononcé d'un jugement déclaratoire portant que la loi contestée est inopérante n'est, dans ce contexte, rien de plus qu'une décision sur une question juridique dont le tribunal est régulièrement saisi. Cela n'empiète aucunement sur le droit exclusif des instances supérieures d'accorder un redressement par voie de bref de prérogative, y compris un jugement déclaratoire.

Peu de temps après, le juge Pratte, au nom d'une Cour d'appel fédérale unanime, a approuvé

Federal Court of Appeal in *Zwarich v. Canada (Attorney General)*, [1987] 3 F.C. 253. There the applicant had been refused benefit under the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, by reason that under s. 44(1) of that Act, a person who had lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute was not entitled to receive benefit. His appeals to a Board of Referees and then to an Umpire were dismissed. Before the Umpire, his sole ground of appeal, which was also raised before the Board of Referees, was that s. 44(1) violated ss. 7 and 15(1) of the *Charter*. Both the Board and the Umpire refused to pronounce on this issue, the Court of Appeal, however, disagreed on the jurisdictional issue. Pratte J. observed that while these bodies do not have the right to pronounce declarations, that being a power reserved to superior courts, like all tribunals they must apply the law. In doing this, they must determine what the law is, and this implies that they must not only construe the relevant statutes, but consider whether they have been validly enacted. If they reach the conclusion that the relevant statutory provision violates the *Charter*, he added, they must decide the case before them as if that provision had never been enacted.

Zwarich v. Canada, *supra*, preceded *Canada v. Vincer*, *supra*, but there can be no doubt that the view adopted by Pratte J. has become accepted by most of the members of the Federal Court of Appeal. This is evident from the subsequent cases of *Canada (Attorney General) v. Druken*, [1989] 2 F.C. 24, (Heald, Mahoney and Stone JJ.), and *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 F.C. 245 (Hugessen, Lacombe and Desjardins JJ.), where differently constituted panels followed the approach in *Zwarich v. Canada*. The same is true of provincial courts of appeal; see *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29

ce passage dans l'arrêt *Zwarich c. Canada (Procureur général)*, [1987] 3 C.F. 253. Dans cette affaire, le requérant avait été privé de prestations visées à la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, parce que le par. 44(1) de cette loi prévoit qu'une personne qui a perdu son emploi en raison d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif n'est pas admissible au bénéfice des prestations. Ses appels devant le conseil d'arbitrage d'abord et le juge-arbitre ensuite avaient été rejetés. Devant le juge-arbitre, son seul moyen d'appel, soulevé également devant le conseil d'arbitrage, était que le par. 44(1) violait l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte*. Le conseil d'arbitrage et le juge-arbitre ont refusé de se prononcer sur cette question, le juge-arbitre décidant que ni lui ni le conseil d'arbitrage n'avaient compétence en vertu du par. 24(1) de la *Charte* pour se prononcer sur cette question. Cependant, la Cour d'appel n'a pas partagé ce point de vue sur la question de la compétence. Le juge Pratte a souligné que, bien que ces organismes n'aient pas le droit de rendre des jugements déclaratoires puisqu'il s'agit d'un pouvoir réservé aux cours supérieures, ils doivent appliquer le droit comme tout autre tribunal. Ce faisant, ils doivent déterminer ce qu'est le droit, ce qui signifie qu'ils doivent non seulement interpréter les lois pertinentes, mais examiner si elles ont été validement adoptées. Il a ajouté que s'ils concluent que la disposition législative pertinente viole la *Charte*, ils doivent se prononcer dans le cas dont ils sont saisis comme si la disposition n'avait jamais été adoptée.

L'arrêt *Zwarich c. Canada*, précité, a été rendu avant l'arrêt *Canada c. Vincer*, précité, mais il ne fait pas de doute que l'opinion adoptée par le juge Pratte est celle retenue par la plupart des membres de la Cour d'appel fédérale. Cela découle clairement des arrêts postérieurs *Canada (Procureur général) c. Druken*, [1989] 2 C.F. 24 (les juges Heald, Mahoney et Stone), et *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, [1989] 2 C.F. 245 (les juges Hugessen, Lacombe et Desjardins) dans lesquels des formations différentes ont retenu l'interprétation formulée dans l'arrêt *Zwarich c. Canada*. Il en est de même d'autres cours d'appel provinciales;

(B.C.C.A.); *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, *supra*.

As Pratte J. has noted in *Canada (Attorney General) v. Alli* (1988), 51 D.L.R. (4th) 555 (F.C.A.), at p. 560, it is difficult to reconcile the remarks he made in *Zwarich v. Canada*, *supra*, with what Marceau J. said in *Canada v. Vincer*, *supra*. The two cases, however, may well be reconcilable. In *Zwarich v. Canada*, the tribunal was engaged in performing what it was by law empowered to do, i.e., determining the eligibility of the applicant for unemployment insurance benefit. In doing that, it was entitled not only to construe the relevant legislation but to determine whether that legislation was validly enacted. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides that any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution of Canada—the supreme law of the land—is, to the extent of its inconsistency, of no force or effect. A tribunal must respect the Constitution so that if it finds invalid a law it is called upon to apply, it is bound to treat it as having no force or effect.

Where, however, a tribunal is asked to determine whether *Charter* rights have been infringed or to grant a remedy under s. 24(1), the situation is different. A tribunal's power is that conferred by its statutory mandate. That was the approach taken by Stone J. in *Canada v. Vincer*, *supra*. The review committee's mandate, he said, was limited to reviewing the decision that no allowance was payable. This approach has been followed in numerous other cases; see *Gerrard v. Saskatoon (City)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 767 (Sask. C.A.); *Canada (Attorney General) v. Alli*, *supra*; *Canada (Procureur général) v. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (F.C.A.); *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, *supra*, per Pratte and Desjardins JJ.; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, *supra*. In a word, an administrative tribunal is limited to exercising its statutory mandate. As L'Heureux-Dubé J. put it in *Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand*, [1987] 2 S.C.R. 219, at p. 232:

voir *Moore v. British Columbia* (1988), 50 D.L.R. (4th) 29 (C.A.C.-B.); *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, précité.

a Comme l'a souligné le juge Pratte dans l'arrêt *Canada (Attorney General) v. Alli* (1988), 51 D.L.R. (4th) 555 (C.A.F.), à la p. 560, il est difficile de concilier ses remarques dans l'arrêt *Zwarich c. Canada*, précité, avec celles du juge b Marceau dans l'arrêt *Canada c. Vincer*, précité. Il est cependant fort possible de concilier les deux arrêts. Dans l'arrêt *Zwarich c. Canada*, le tribunal faisait ce qu'il avait le pouvoir de faire en vertu de la loi, c'est-à-dire déterminer l'admissibilité du c requérant aux prestations d'assurance-chômage. Ce faisant, il avait non seulement le pouvoir d'interpréter les dispositions législatives pertinentes, mais aussi celui de décider si la loi avait été d adoptée validement. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que la Constitution—la loi suprême du Canada—rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. Un tribunal doit respecter la Constitution e de sorte que, s'il conclut que la loi qu'on lui demande d'appliquer est invalide, il doit la traiter comme si elle était inopérante.

f Cependant, lorsqu'un tribunal doit déterminer si des droits reconnus par la *Charte* ont été violés ou accorder une réparation en vertu du par. 24(1), la situation est différente. Le pouvoir d'un tribunal lui vient du mandat conféré par la loi. C'est la g conception retenue par le juge Stone dans l'arrêt *Canada c. Vincer*, précité. Selon lui, le mandat du comité de révision se limitait à réviser la décision qu'aucune allocation ne pouvait être versée. Cette h conception a été retenue dans plusieurs autres arrêts; voir *Gerrard v. Saskatoon (City)* (1987), 44 D.L.R. (4th) 767 (C.A. Sask.); *Canada (Attorney General) v. Alli*, précité; *Canada (Procureur général) c. Sirois* (1988), 90 N.R. 39 (C.A.F.); *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, précité, les juges Pratte et Desjardins; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, précité. Bref, un tribunal administratif est limité à exercer le mandat conféré par la loi. i Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a dit dans l'arrêt *Supermarchés Jean Labrecque Inc. c. Flamand*, [1987] 2 R.C.S. 219, à la p. 232:

The Labour Court is an administrative tribunal created by statute. Its powers are therefore restricted by its enabling Act. Accordingly, the Court and a judge of that Court must comply strictly with the powers conferred on them by that Act, otherwise want or excess of jurisdiction will result.

It follows from this that as McIntyre J. in *Mills v. The Queen, supra*, stated of a court of competent jurisdiction under s. 24(1), and as the appellant college argued, the jurisdiction of a statutory tribunal must be found in a statute and must extend not only to the subject matter of the application and the parties, but also to the remedy sought. In the exercise of that jurisdiction, it can in the exercise of its mandate find a statute invalid under the *Charter*.

The distinction I have attempted to make between the exercise of the power conferred by s. 24(1) of the *Charter* and the duty of a tribunal to apply the Constitution in the course of performing its statutory mandate has been well expressed in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission), supra*. There the issue was whether a woman who applied for ordinary benefits under the *Unemployment Insurance Act, 1971* was entitled to receive them in view of the fact that s. 31 of the Act disentitled her from doing so on the ground that she was over 65. This, of course, gave rise to whether s. 31 violated s. 15(1) of the *Charter*. Lacombe J., speaking for the court, had this to say, at pp. 254-55:

In the case at bar it is subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* that is relied on, not subsection 24(1) of the *Charter*. The applicant has not asked the Board of Referees or this Court to find that section 31 of the *Unemployment Insurance Act, 1971* should be amended to make it consistent with section 15 of the *Charter* or to order a remedy that would require the adoption of appropriate legislative adjustments.

Rather, the only question is whether section 31 of the Act is of no force or effect as a whole because it is inconsistent with section 15 of the *Charter*.

Similar views were expressed by all three judges of the Ontario Court of Appeal in the *Cuddy Chicks* case, *supra*.

Le Tribunal du travail est un tribunal administratif qui tire ses pouvoirs de la loi qui le crée. Ceux-ci sont donc limités par sa loi constitutive. En conséquence, le Tribunal et un juge de ce tribunal doivent se conformer strictement aux pouvoirs que leur confère cette loi sous peine d'excès de juridiction ou d'abus de compétence.

Il s'ensuit, comme le juge McIntyre dans l'arrêt *Mills c. La Reine*, précité, l'a affirmé au sujet d'un tribunal compétent en vertu du par. 24(1) et comme le collège appelant l'a soutenu, que la compétence d'un tribunal établi par une loi doit se trouver dans une loi et doit s'étendre non seulement à l'objet du litige et aux parties, mais également à la réparation demandée. Lorsqu'il exerce cette compétence, il peut, dans l'exercice de son mandat, conclure qu'une loi est invalide en vertu de la *Charte*.

La distinction que j'ai tenté d'établir entre l'exercice du pouvoir conféré par le par. 24(1) de la *Charte* et l'obligation d'un tribunal d'appliquer la Constitution dans le cadre de l'exécution du mandat conféré par la loi a été bien exprimée dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, précité. Dans cette affaire, la question était de savoir si une femme qui avait présenté une demande ordinaire de prestations en vertu de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* pouvait les recevoir bien que l'art. 31 de la Loi l'interdise parce qu'elle avait plus de 65 ans. Cette question soulevait évidemment celle de savoir si l'art. 31 violait le par. 15(1) de la *Charte*. Le juge Lacombe, au nom de la cour, a dit ceci, aux pp. 254 et 255:

Dans l'espèce, c'est le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* qu'on a invoqué et non le paragraphe 24(1) de la *Charte*. La requérante n'a pas demandé au conseil arbitral et à cette Cour de déclarer que l'article 31 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* devait être modifié pour le rendre conforme à l'article 15 de la *Charte* ou d'ordonner un remède qui impliquerait l'adoption d'ajustements législatifs appropriés.

Il s'agit plutôt et seulement de savoir si l'article 31 de la Loi est, dans sa totalité, inopérant parce qu'il est incompatible avec l'article 15 de la *Charte*.

Les trois juges de la Cour d'appel de l'Ontario ont exprimé des opinions semblables dans l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité.

Application to this Case

I come then to the application of these principles to the present case. The question here is whether an arbitrator in deciding a grievance under a collective agreement may apply the *Charter* and grant the relief sought for its breach. I have no doubt that he can. The arbitrator is under s. 98 of the *Labour Code*, *supra*, expressly granted authority "to provide a final and conclusive settlement of a dispute arising under a collective agreement" (emphasis added), and it gives a wide range of appropriate remedies for that purpose. In accomplishing his task, the arbitrator is empowered by s. 98(g) to interpret and apply any Act intended to regulate employment.

It is clear that the arbitrator has jurisdiction over the parties. The issue to be decided is whether he also has authority over the subject matter and the remedy sought. Clearly the grievance raised by the association is based not on the terms of the collective agreement alone, but is premised upon the application of s. 15(1) of the *Charter*. In my view, s. 98(g) allows the arbitrator to apply the *Charter*. "Act", as referred to in s. 98(g), must include the *Charter*. It is true that a qualifying element in s. 98(g) is that the act in question must be intended to regulate employment relationships, and that this is not the sole purpose of the *Charter*. However, it is certainly one type of relationship intended to be covered by s. 15(1).

I recognize (and I shall have more to say about this later) that applying the *Charter* will further complicate the tasks confronting an arbitrator. Arguments of practicality and convenience, although not determinative of the question, must be taken into account. The college makes a strong argument that the relatively informal arbitration process is not well suited to the volume or nature of evidence that would be led in *Charter* claims. While I agree that there is some merit to this argument, I cannot accept the college's contention that the interpretation and application of the *Charter* is vastly different from the application of ordinary statutes for which arbitrators are responsible. For example, there is little difference in certain provisions of the Human Rights Codes

Application à l'espèce

J'en viens maintenant à l'application de ces principes à l'espèce. La question est de savoir si, au cours de l'audition d'un grief en vertu d'une convention collective, l'arbitre peut appliquer la *Charte* et accorder la réparation demandée par suite de sa violation. Je ne doute pas qu'il le peut. En vertu de l'art. 98 du *Labour Code*, précité, l'arbitre a le pouvoir exprès [TRADUCTION] «de régler définitivement tout différend qui naît de la convention collective» (je souligne), et il dispose de modes de réparation variés à cette fin. Dans l'exécution de ses fonctions, l'arbitre a le pouvoir, en vertu de l'al. 98g), d'interpréter et d'appliquer toute loi visant à régir les relations de travail.

Il est clair que l'arbitre a compétence sur les parties. La question est de savoir s'il a également compétence sur l'objet du litige et la réparation demandée. Il est clair que le grief de l'association n'est pas fondé uniquement sur les clauses de la convention collective, mais s'appuie aussi sur l'application du par. 15(1) de la *Charte*. À mon avis, l'al. 98g) permet à l'arbitre d'appliquer la *Charte*. Le terme «loi», à l'al. 98g), doit inclure la *Charte*. Il est vrai qu'une réserve apportée à l'al. 98g) fait que la loi en question doit viser à régir les relations de travail et que ce n'est pas là le seul but de la *Charte*. Cependant, il est certain que ces relations sont de celles que vise le par. 15(1).

Je reconnais (et je reviendrai sur ce point plus loin) que l'application de la *Charte* compliquera davantage la tâche de l'arbitre. Des arguments d'ordre pratique, bien qu'ils ne soient pas concluants quant à la question, doivent être pris en compte. Le collège insiste beaucoup dans son argumentation sur le fait que le processus relativement informel de l'arbitrage n'est pas bien adapté au volume ou à la nature de la preuve qui serait présentée dans des demandes fondées sur la *Charte*. Bien que je reconnaisse un certain mérite à cet argument, je ne peux accepter la prétention du collège que l'interprétation et l'application de la *Charte* est très différente de l'application des lois ordinaires dont sont chargés les arbitres. Par exemple, il y a peu de différence avec certaines

which arbitrators may hold to override provisions in collective agreements.

This view can be supported by *Taylor (David) & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.), where Lord Denning stated, at p. 847:

There is not one law for arbitrators and another for the court, but one law for all. If a contract is illegal, arbitrators must decline to award on it just as the court would do.

A fortiori, I think, there cannot be a Constitution for arbitrators and another for the courts.

Early writings on the *Charter* expressed a similar view. Thus Gibson in "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Tarnopolsky and Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at p. 501, states:

It is possible that the Charter could also be enforced in certain circumstances by arbiters other than "courts" and "tribunals". Suppose, for example, that an arbitration were held in a dispute between the Government of Canada and one of its employees as to whether the employee should be dismissed for openly supporting a particular political party. Since the Constitution of Canada, which includes the Charter, is declared by s. 52(1) to be the "supreme law of Canada", and since arbitrators are normally required to function in accordance with law, it would seem that the hypothetical arbitrator would be obliged to take account of all relevant parts of the Charter in her or his decision.

Not every court, tribunal or other arbiter would have jurisdiction over every Charter violation, of course. It would always be necessary to establish that the situation is within the jurisdiction of the body approached. At least three types of jurisdictional restrictions are possible, relating to: (a) the subject matter, (b) the parties, and (c) the remedy.

See also Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 693.

In the light of similar considerations, the British Columbia Court of Appeal in *Moore v. British*

dispositions des codes sur les droits de la personne que les arbitres peuvent déclarer prévaloir sur des dispositions de conventions collectives.

Cette opinion est appuyée par lord Denning dans l'arrêt *Taylor (David) & Son, Ltd. v. Barnett*, [1953] 1 All E.R. 843 (C.A.), lorsqu'il dit, à la p. 847:

[TRADUCTION] Il existe, non pas une règle de droit pour les arbitres et une autre pour le tribunal, mais une seule règle de droit pour tous. Si un contrat est illégal, les arbitres doivent refuser d'y faire droit comme le ferait le tribunal.

A fortiori, je pense qu'il ne peut y avoir une Constitution pour les arbitres et une autre pour les tribunaux.

Les premiers écrits sur la *Charte* expriment une opinion semblable. Ainsi, Gibson dans son article «La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés» dans Tarnopolsky et Beaudoin, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), aux pp. 632 et 633 affirme:

Il est possible aussi que la *Charte* puisse être appliquée dans certaines circonstances par des arbitres autres que des «cours de justice» et des «tribunaux». Supposons, par exemple, que l'on soumettait à un arbitrage un différend entre le gouvernement du Canada et un de ses employés sur la question de savoir si l'employé pouvait être renvoyé pour avoir ouvertement appuyé un parti politique. Étant donné que la *Constitution du Canada*, qui comprend la *Charte*, constitue selon l'article 52(1) la «Loi suprême du Canada», et étant donné que les arbitres doivent normalement agir conformément à la loi, il nous semble que cet arbitre hypothétique serait tenu de considérer tous les aspects pertinents de la *Charte* dans sa décision. Bien entendu, toutes les cours de justice, tous les tribunaux ou tous les autres arbitres ne seraient pas compétents relativement à toutes les violations de la *Charte*. Il faudra toujours établir que la situation relève de la compétence de l'organisme saisi de l'affaire. La compétence pourrait être restreinte pour des motifs ayant trait: (a) à l'objet du litige, (b) aux parties et (c) à la réparation demandée.

Voir également Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 693.

Compte tenu de considérations semblables, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans

Columbia, supra, a case rather akin to the present, arrived at a similar conclusion. Macfarlane J.A., speaking for the court, concluded at p. 40:

An arbitrator, acting pursuant to the terms of the collective agreement, has jurisdiction over the parties, the subject-matter (dismissal), and can provide all of the remedies which it would be appropriate for a court of competent jurisdiction to grant under s. 24(1) of the Charter.

I agree with that court that s. 98(g) gives an arbitrator the power to grant appropriate remedies in cases like the present. I should say that I do not read him as necessarily meaning that the arbitrator is a court of competent jurisdiction under s. 24(1).

The question in the present case is complicated somewhat by the fact that the arbitrator's decision was a "preliminary" one looking only at the question of his jurisdiction and whether the collective agreement or policy of mandatory retirement could be "law" for the purposes of the *Charter*. However, it appears that the relief really sought was a remedy under s. 98 for wrongly retiring the grievors, given that the mandatory retirement clause was invalid and could not be relied upon.

It is true that Article 15.03 of the collective agreement provides that the arbitrator has no jurisdiction to amend, alter, add to or delete from any of its provisions. However, this must be viewed in light of the fact that s. 98(g) allows a statutory provision to override a clause in the collective agreement. Surely, the arbitrator when confronted with an "offensive" term in a collective agreement can hold it inapplicable. Even if the association also wanted reinstatement of their instructors, this remedy is within the arbitrators' powers under s. 98(b). If the retirement clause is held to be of no force or effect, then any dismissal would have been contrary to the collective agreement.

I, therefore, conclude that the arbitrator has jurisdiction over the remedy or order sought in this case, as well as over the parties and the subject matter.

l'arrêt *Moore v. British Columbia*, précité, une affaire assez similaire à celle-ci, est arrivée à la même conclusion. Le juge Macfarlane, au nom de la cour, a conclu, à la p. 40:

^a [TRADUCTION] Un arbitre, agissant conformément aux dispositions de la convention collective, a compétence sur les parties, l'objet du litige (le renvoi), et peut apporter toutes les réparations appropriées qu'il conviendrait qu'un tribunal compétent accorde en vertu du par. ^b 24(1) de la Charte.

Je partage l'avis de cette cour que l'al. 98g) confère à l'arbitre le pouvoir d'accorder les réparations convenables dans des cas comme l'espèce. ^c J'ajouterais que je n'interprète pas ses propos comme signifiant nécessairement que l'arbitre est un tribunal compétent en vertu du par. 24(1).

La question en l'espèce est un peu plus compliquée parce que la décision de l'arbitre était une ^d décision «préliminaire» qui ne portait que sur sa compétence et la question de savoir si la convention collective ou la politique de retraite obligatoire pouvait être considérée comme une «loi» aux fins de la *Charte*. Cependant, il semble que le redressement réellement demandé était une réparation en vertu de l'art. 98 parce que les auteurs du grief avaient été mis à la retraite à tort et ce, parce que la clause de mise à la retraite obligatoire était ^e invalide et ne pouvait être invoquée. ^f

Il est vrai que l'article 15.03 de la convention collective prévoit que l'arbitre n'est pas habilité à ^g ajouter, supprimer ou modifier quoi que ce soit dans les dispositions de la convention collective. Il faut cependant tenir compte, à ce sujet, du fait que l'al. 98g) reconnaît qu'une disposition législative peut prévaloir sur une clause de la convention collective. Il est certain que face à une clause ^h «contestée» d'une convention collective, l'arbitre peut la déclarer inapplicable. Même si l'association voulait également que ses enseignants soient réintégrés, cette réparation relèverait des pouvoirs de ⁱ l'arbitre en vertu de l'al. 98b). Si la clause sur la retraite était jugée inopérante, alors tout congédiement serait contraire à la convention collective.

Je suis donc d'avis de conclure que l'arbitre a ^j compétence sur la réparation ou l'ordonnance demandée en l'espèce ainsi que sur les parties et l'objet du litige.

Practical Considerations

I realize that the application of constitutional norms by administrative tribunals might until recent years have been considered rather unusual; see *Re Windsor Airline Limousine Services Ltd. and Ontario Taxi Association 1688* (1980), 117 D.L.R. (3d) 400 (Ont. Div. Ct.), *per* Reid J., at p. 403. But that case and others exemplify that it is not entirely new. Tribunals, and in particular labour relations boards, have for some time now been held to be competent to consider constitutional questions; see *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346 (Ont. H.C.); *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America*, [1980] 1 S.C.R. 1031; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 147. These cases, as Finlayson J.A. noted in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, *supra*, at p. 142, were confined to determining the jurisdiction of the tribunals. As regards other questions, as Desjardins J. observed in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, *supra*, at p. 278, the parties would rely on prerogative writs or other similar remedies. But if these tribunals may determine these issues for purposes of jurisdiction, I fail to see why it would be offensive to the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, and in particular s. 96, for a tribunal to consider other constitutional questions arising in the course of exercising its mandate. The issue before it in such a case is the relatively modest one assigned to it under its statutory mandate. As Desjardins J. noted in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigration Commission)*, *supra*, at p. 279, it would be anomalous if tribunals responsible for interpreting the law on the issue were unable to deal with the issue in its entirety, subject to judicial review. I agree with the view taken in the cases previously cited that this is a totally different function from a formal declaration of invalidity, a

Considérations pratiques

Je sais que jusqu'à récemment l'application de normes constitutionnelles par les tribunaux administratifs a pu être jugée assez inhabituelle; voir *Re Windsor Airline Limousine Services Ltd. and Ontario Taxi Association 1688* (1980), 117 D.L.R. (3d) 400 (C. div. Ont.), le juge Reid, à la p. 403. Mais cette décision et d'autres font ressortir que ce n'est pas entièrement nouveau. Les tribunaux, et les commissions des relations du travail en particulier, sont reconnus compétents depuis un certain temps déjà pour examiner des questions constitutionnelles; voir les arrêts *R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn* (1963), 39 D.L.R. (2d) 346 (H.C. Ont.); *Northern Telecom Canada Ltd. c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique*, [1980] 1 R.C.S. 1031; *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 147. Ces arrêts, comme le juge Finlayson l'a souligné dans *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, précité, à la p. 142, se limitaient à la question de la compétence des tribunaux. En ce qui concerne d'autres questions, comme le juge Desjardins le souligne dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, précité, à la p. 278, les parties pourraient se prévaloir des brefs de prérogative ou d'autres recours analogues. Mais si ces tribunaux peuvent se prononcer sur ces questions aux fins de compétence, je ne vois pas pourquoi un tribunal qui examinerait d'autres questions constitutionnelles soulevées dans l'exercice de son mandat contreviendrait aux dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* sur le pouvoir judiciaire, en particulier à l'art. 96. La question qui lui est posée dans un tel cas est la question relativement restreinte qui relève de son mandat prévu par la loi. Comme le juge Desjardins le souligne dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)*, précité, à la p. 279, il serait anormal que les tribunaux responsables de l'interprétation de la loi sur cette question ne puissent se prononcer intégralement sur la question, sous réserve du contrôle judiciaire. Je partage l'avis exprimé dans les décisions déjà

matter falling solely within the jurisdiction of a federal court.

That the practice is now developing of placing before a tribunal a constitutional issue rather than seeking judicial review initially seems natural enough in today's context. As Desjardins J. further observes (at p. 278), the *Charter* adds a new dimension to the Canadian legal system by accord-
 ing rights to individuals against legislative enact-
 ments that did not exist before. Under these cir-
 cumstances, she notes, at p. 279: "It should not be
 a matter for surprise that individuals claiming to
 have such rights assert them before agencies creat-
 ed to provide a speedy determination of their
 rights in relation to governmental authority."

The decisions of this Court in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.*, *supra*, and *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, *supra*, have approved the exercise of constitutional decision-making by tribunals in the exercise of their mandate. In the latter case, Estey J. wrote, at pp. 741-42:

It is inherent in a federal system such as that estab-
 lished under the *Constitution Act*, that the courts will be
 the authority in the community to control the limits of
 the respective sovereignties of the two plenary govern-
 ments, as well as to police agencies within each of these
 spheres to ensure their operations remain within their
 statutory boundaries. Both duties of course fall upon the
 courts when acting within their own proper jurisdiction.
 The *Jabour* case, *supra*, was concerned with the supe-
 rior courts of general jurisdiction in the provinces, but
 the same principles apply to courts of subordinate juris-
 diction when they are acting within their limited juris-
 diction as described by their constituting statute. Such
 courts must, in the application of the laws of the land
 whether they be federal or provincial statutes, deter-
 mine, where the issue arises, the constitutional integrity
 of the measure in question. Such a court of limited
 jurisdiction must, of course, be responding to a cause
 properly before it under its statute.

citées qu'il s'agit d'une fonction tout à fait diffé-
 rente d'une déclaration formelle d'invalidité, qui
 relève uniquement de la compétence d'une cour
 fédérale.

^a Il semble assez naturel dans le contexte
 d'aujourd'hui que la pratique soit maintenant de
 soumettre à un tribunal une question constitution-
 nelle, plutôt que de demander initialement le contr-
 ôle judiciaire. Comme le juge Desjardins le fait
 aussi remarquer (à la p. 278), la *Charte* ajoute une
 nouvelle dimension au système juridique canadien
 en ce qu'elle accorde maintenant aux individus des
 droits qui n'existaient pas auparavant contre les
 textes législatifs. Elle souligne ceci, à la p. 279:
 «Rien d'étonnant à ce que des individus, qui pré-
 tendent avoir ces droits, les réclament dans des
 organismes qui ont été créés pour répartir de
 façon expéditive leurs droits vis-à-vis [de] l'admini-
 stration».

Dans les arrêts *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, *Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anglais Inc.*, précité, et *Northern Telecom Canada Ltd. c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, précité, notre Cour a accepté que les tribunaux, dans l'exercice de leur mandat, se prononcent sur des questions constitu-
 tionnelles. Dans le dernier arrêt, le juge Estey a écrit, aux pp. 741 et 742:

Il est essentiel, dans un régime fédéral comme celui
 que crée la *Loi constitutionnelle*, que les tribunaux
 soient, dans la société, l'autorité qui contrôle les bornes
 de la souveraineté propre des deux gouvernements plé-
 nières et celle qui surveille les organismes à l'intérieur de
 ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent
 dans les limites de la loi. Ces deux rôles appartiennent,
 cela va de soi, aux tribunaux selon leurs compétences
 respectives. L'arrêt *Jabour*, précité, visait les cours supé-
 rieures de compétence générale dans les provinces, mais
 les mêmes principes s'appliquent aux cours de jurisdic-
 tion inférieure lorsqu'elles agissent dans les limites de
 leur compétence qui est définie par leur loi constitutive.
 Ces cours doivent, pour appliquer les lois du pays, que
 ces lois soient fédérales ou provinciales, déterminer la
 valeur constitutionnelle de la mesure en cause si le
 problème se pose. Ces cours qui ont une compétence
 d'exception doivent, cela va de soi, se prononcer sur une
 affaire qui est légalement de leur ressort.

Nor do I accept that there is anything in the separation of powers between legislative, executive and judicial functions to prevent a tribunal from exercising jurisdiction in this way. While in broad terms, such a separation of powers does exist (see *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 469-70), it is not under our system of government rigidly defined. Dickson J. (as he then was) thus put it in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728:

As Professor Hogg has noted in his work on *Constitutional Law of Canada* (1977), p. 129, there is no general "separation of powers" in the *British North America Act, 1867*. Our Constitution does not separate the legislative, executive, and judicial functions and insist that each branch of government exercise only its own function. Thus it is clear that the Legislature of Ontario may confer non-judicial functions on the courts of Ontario and, subject to s. 96 of the *B.N.A. Act*, which lies at the heart of the present appeal, confer judicial functions on a body which is not a court.

On this matter, I agree with the following statement by Professor Pépin in "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés" (Ottawa 1989), Canadian Bar Association—Continuing Legal Education Seminar on Administrative Law, at p. 71:

[TRANSLATION] At most, the theory of separation of powers reminds us that important judicial functions should not lightly be delegated to administrative agencies, especially where they are not adequately organized.

I am aware that there are important practical considerations involved in allowing or not allowing administrative tribunals to determine constitutional questions. The advantages and disadvantages of doing so have already given rise to a substantial academic debate; see Pépin, *supra*; Gosselin, "L'alchimie des Chartes vues de l'intérieur du tribunal administratif: le retour du Cheval de Troie?" *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*, Barreau du Québec (1989); Côté, "La recevabilité des arguments fondés sur les

J'estime en outre que rien dans le partage des pouvoirs entre les fonctions législatives, exécutives et judiciaires n'empêche un tribunal d'exercer ainsi sa compétence. Bien que, de façon générale, ce partage de pouvoirs existe (voir l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 469 et 470), il n'est pas défini de façon rigide dans notre système de gouvernement. Le juge Dickson (avant d'être Juge en chef) s'est exprimé ainsi dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 728:

Comme le professeur Hogg l'a souligné dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (1977), à la p. 129, l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* ne prévoit pas une «séparation générale des pouvoirs». Notre constitution ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et insiste que chaque secteur de gouvernement n'exerce que ses propres fonctions. Ainsi, il est évident que la législature de l'Ontario et, sous réserve de l'art. 96 de l'*A.A.N.B.* qui est au centre du présent pourvoi, attribuer des fonctions judiciaires à un organisme qui n'est pas une cour.

Sur cette question, je partage l'affirmation suivante du professeur Pépin dans «La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés» (Ottawa 1989), Barreau canadien—Programme national de F.J.P., à la p. 71:

La théorie de la séparation des pouvoirs nous invite tout au plus à prendre conscience qu'il ne convient pas de déléguer allègrement d'importantes fonctions judiciaires à des organismes administratifs, surtout s'ils ne sont pas organisés de façon adéquate.

Je sais que des considérations pratiques importantes interviennent dans la décision de permettre ou non aux tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles. Les avantages et les inconvénients de cette décision ont déjà donné lieu à de nombreux débats théoriques; voir Pépin, précité; Gosselin «L'alchimie des Chartes vues de l'intérieur du tribunal administratif: le retour au Cheval de Troie?» *Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes*, Barreau du Québec (1989); Côté, «La recevabilité des argu-

chartes des droits devant les tribunaux administratifs” (1989), 49 *R. du B.* 455; Pinard, “Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu’ils jugent inconstitutionnels”, [1987] *R.D. McGill* 170; Evans, “Administrative Tribunals and Charter Challenges” (1988), 2 *C.J.A.L.P.* 13; Murray, “Labour Arbitration and the Charter”, in *New Swords and New Shields: The Year in Review in Labour Law* (Canadian Bar Association—Annual Institute on Continuing Legal Education) (1987); Kuttner, “Constitution as Covenant: Labour Law, Labour Boards and the Courts from the Old to the New Dispensation”, in *Labour Law Under the Charter* (1988); *Les tribunaux administratifs* (Rapport Ouellette 1987); *Review of Ontario’s Regulatory Agencies* (Macaulay Report 1989).

Among the disadvantages identified by these authors are that it would go against the raison d’être of administrative tribunals—specialization, simple rules of evidence and procedure, speedy decisions. Again, tribunals are not all of the same calibre. They are not necessarily manned by lawyers, and do not have the guarantee of independence of courts. Moreover, the type of evidence required for the resolution of *Charter* issues may not be available to the parties, so the record will be deficient not only before the arbitrator or other tribunal but ultimately before a court on judicial review. Before the courts, a provision exists to obtain the participation of the Attorney General of the province, a participation which, as Finlayson J.A. observed in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, *supra*, at p. 145, may be seen as inappropriate in the case of government tribunals. Professor Pépin, *supra*, at pp. 15-16, sets forth many of these difficulties in the following passage:

[TRANSLATION] In my view, administrative tribunals were not created to rule on the constitutionality of legislation . . . Giving such responsibility to these tribunals is contrary to their purpose, namely specialization of functions, simplicity and originality in rules of procedure and of evidence, speed in decision-making and

ments fondés sur les chartes des droits devant les tribunaux administratifs» (1989), 49 *R. du B.* 455; Pinard, «Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu’ils jugent inconstitutionnels», [1987] *R.D. McGill* 170; Evans, «Administrative Tribunals and Charter Challenges» (1988), 2 *C.J.A.L.P.* 13; Murray, «Labour Arbitration and the Charter», dans *New Swords and New Shields: The Year in Review in Labour Law* (Canadian Bar Association—Annual Institute on Continuing Legal Education) (1987); Kuttner, «Constitution as Covenant: Labour Law, Labour Boards and the Courts from the Old to the New Dispensation» dans *Labour Law Under the Charter* (1988); *Les tribunaux administratifs* (Rapport Ouellette 1987); *Review of Ontario’s Regulatory Agencies* (Macaulay Report 1989).

Parmi les inconvénients cités par ces auteurs, est celui de s’opposer à la raison d’être des tribunaux administratifs—la spécialisation des fonctions, la simplicité des règles de preuve et de procédure, la rapidité des décisions. Encore une fois, les tribunaux ne sont pas tous du même calibre. Ils ne sont pas nécessairement présidés par des juristes, et ne comportent pas la garantie d’indépendance des cours de justice. En outre, les parties ne disposeront peut-être pas toujours du type de preuve requis pour résoudre des questions fondées sur la *Charte* de sorte que le dossier sera incomplet non seulement devant l’arbitre ou d’autres tribunaux, mais en fin de compte devant une cour au moment du contrôle judiciaire. Devant les cours, une disposition permet d’obtenir la participation du procureur général de la province, participation qui, comme le juge Finlayson le souligne dans l’arrêt *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, précité, à la p. 145, peut ne pas être appropriée dans le cas de tribunaux administratifs. Le professeur Pépin, précité, aux pp. 15 et 16, énumère plusieurs de ces difficultés dans l’extrait suivant:

À mon avis, les tribunaux administratifs n’ont pas été créés pour décider de la constitutionnalité des lois . . . Confier pareille responsabilité à ces tribunaux, c’est aller à l’encontre de leurs raisons d’être: spécialisation des fonctions, simplicité et originalité des règles de procédure et de preuve, rapidité des décisions, présence

the presence of non-lawyers among decision-makers; doing so emphasizes their judicial "aspect"; it exacerbates problems relating to certain guarantees of independence which there is increasingly a tendency to require of their members; it multiplies the occasions for judicial review of the decisions of such agencies, at a time when the superior courts are beginning to allow them some measure of autonomy in their home territory.

Administrative tribunals are not a suitable forum to debate what is reasonable in a free and democratic society or to decide on the constitutionality of the statutes to which they owe their existence and powers.

Those who object to tribunals deciding constitutional issues also point to the American position where the supremacy clause of the United States Constitution, art. VI, bears considerable similarity to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. In that country, the rule, at least at the federal level, is that administrative agencies may not determine constitutional questions; see Davis, *Administrative Law Treatise*, 2nd ed., vol. 4, pp. 434-35. But that approach appears to be called for in the United States by reason of the rigid separation of powers; see *Corpus Juris Secundum* (1983), 2nd ed., vol. 73, at pp. 535-36. Such a doctrine, I noted earlier, finds no place in the Canadian constitutional structure. What is more the decision of the Supreme Court of California in *Southern Pacific Transportation Co. v. Public Utilities Commission*, 18 Cal.3d 308 (1976), has invited a general reappraisal of the doctrine; see Note, "The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes" (1976-77), 90 *Harv. L. Rev.* 1682. For these reasons, I think we should be wary of following the American approach in this area.

Nor do I think the practical considerations mentioned above, though not without weight, should dissuade this Court from adopting what has now become the clearly dominant view in the courts of this country. For if there are disadvantages to allowing arbitrators or other administrative tribunals to determine constitutional issues arising in the course of exercising their mandates, there are

de non juristes chez les décideurs; c'est accentuer leur «allure» judiciaire; c'est exacerber les difficultés relatives à certaines garanties d'indépendance que l'on commence à vouloir exiger de leurs membres; c'est multiplier les occasions de contrôle judiciaire sur les décisions de ces organismes alors que les cours supérieures commencent à leur reconnaître une certaine autonomie dans les domaines relevant de leur compétence naturelle («home territory»).

Les tribunaux administratifs ne sont pas un forum approprié pour débattre de ce qui est raisonnable dans une société libre et démocratique ou pour décider de la constitutionnalité des lois auxquelles ils doivent leur existence et leurs attributions.

Ceux qui s'opposent à ce que les tribunaux se prononcent sur des questions constitutionnelles invoquent également la position américaine où la clause de suprématie de la Constitution des États-Unis, l'art. VI, ressemble beaucoup au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans ce pays, la règle, en ce qui concerne le palier fédéral au moins, est que les organismes administratifs ne peuvent se prononcer sur des questions constitutionnelles; voir Davis, *Administrative Law Treatise*, 2^e éd., vol. 4, pp. 434 et 435. Mais cette conception semble être justifiée aux États-Unis en raison de la séparation rigide des pouvoirs; voir *Corpus Juris Secundum* (1983), 2^e éd., vol. 73, aux pp. 535 et 536. Comme je l'ai déjà dit, cette théorie n'a pas sa place dans la structure constitutionnelle canadienne. Qui plus est, l'arrêt *Southern Pacific Transportation Co. v. Public Utilities Commission*, 18 Cal.3d 308 (1976), de la Cour suprême de la Californie a proposé la réévaluation générale de cette théorie; voir la Note, «The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes» (1976-77), 90 *Harv. L. Rev.* 1682. Pour ces raisons, je pense que nous devrions hésiter à suivre la conception américaine dans ce domaine.

Je ne pense pas non plus que les considérations pratiques déjà mentionnées, qui ont pourtant un certain poids, devraient dissuader notre Cour d'adopter ce qui est maintenant le courant clairement prédominant chez les tribunaux de notre pays. Car s'il y a des inconvénients à permettre aux arbitres ou à d'autres tribunaux administratifs de se prononcer sur des questions constitutionnelles

clear advantages as well. First and foremost, of course, is that the Constitution must be respected. The citizen, when appearing before decision-making bodies set up to determine his or her rights and duties, should be entitled to assert the rights and freedoms guaranteed by the Constitution. Professor Côté, *supra*, thus puts the issue, at p. 462:

[TRANSLATION] ... despite the real disadvantages which this entails, the opportunity for the litigants to assert their constitutional rights before administrative tribunals must be recognized.

If it were ultimately held that administrative tribunals must apply legislation inconsistent with the Charter, this would deal a heavy blow to the authority of the Constitution, since it would in practice mean that statutes would take precedence over the Charter before such agencies of the executive. The "government" would be subject to the Charter except when it took the particular form of an administrative tribunal. The latter would thus, in the name of effectiveness and specialization of function, enjoy a special status within the structure of government.

There are clear advantages to presenting these issues to the tribunal. The issue may be raised at an early stage in the context in which it arises without the citizen having first to resort to another body, a court which will often be more expensive and time-consuming. And while as Marceau J. has pointed out in *Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)*, *supra*, at p. 247, the citizen may in some cases find it necessary to follow that course, the truth is that the decisions taken at that level often go unchallenged; see *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, *supra*, at p. 132, *per* Grange J.A. I do not think a person should be compelled to have such issues resolved on a more elevated plane.

There are, as well, clear advantages for the decision-making process in allowing the simple speedy, and inexpensive processes of arbitration and administrative agencies to sift the facts and compile a record for the benefit of a reviewing court. It is important, in this as in other issues, to have the advantage of the expertise of the arbitra-

les dans l'exercice de leur mandat, il y a également des avantages évidents. D'abord et avant tout, il va de soi que la Constitution doit être respectée. Le citoyen, qui comparaît devant des organismes décisionnels établis pour se prononcer sur ses droits et ses devoirs, devrait pouvoir faire valoir les droits et libertés garantis par la Constitution. Le professeur Côté, précité, s'exprime ainsi sur la question, à la p. 462:

... malgré les inconvénients réels que cela implique, on doit reconnaître la possibilité aux justiciables de faire valoir leurs droits constitutionnels devant les tribunaux administratifs.

Si l'on devait décider en dernier ressort que les tribunaux administratifs sont tenus d'appliquer un texte législatif incompatible avec la Charte, on porterait un dur coup à l'autorité de la Constitution, car cela impliquerait que, devant ces organes de l'exécutif, c'est en pratique la loi qui a préséance sur la Charte. Le «gouvernement» serait soumis à la Charte sauf lorsqu'il emprunte la forme particulière du tribunal administratif. Celui-ci jouirait ainsi, au nom de l'efficacité et de la spécialisation des tâches, d'un statut particulier au sein de l'Administration.

Il existe des avantages certains à soulever ces questions devant le tribunal. La question peut être soulevée au début du processus dans le contexte où elle se pose sans que le citoyen soit obligé de s'adresser d'abord à un autre organisme, une cour, où les frais sont plus élevés et les délais plus longs. Comme le juge Marceau le souligne dans l'arrêt *Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants)*, précité, à la p. 247, bien que le citoyen puisse dans certains cas juger utile de suivre cette voie, la vérité est qu'il arrive souvent que les décisions rendues à ce niveau ne soient pas contestées; voir *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, précité, à la p. 132, le juge Grange. Je pense qu'une personne ne devrait pas être obligée de faire trancher ces questions devant un palier supérieur.

Il y a également des avantages certains pour le processus décisionnel à permettre que des procédures simples, expéditives et peu coûteuses d'organismes d'arbitrage et administratifs fassent le tri des faits et établissent un dossier pour le bénéfice d'un tribunal d'appel. Sur cette question comme sur d'autres, il est important de bénéficier de l'exper-

tor or agency. That specialized competence can be of invaluable assistance in constitutional interpretation. Professor Pinard, *supra*, at pp. 173-74, has drawn attention to this factor in the following passage:

[TRANSLATION] ... administrative tribunals have the skills, expertise and knowledge in a particular area which can with advantage be used to ensure the primacy of the Constitution. Their privileged situation as regards the appreciation of the relevant facts enables them to develop a functional approach to rights and freedoms as well as to general constitutional precepts.

The Harvard Law Review Note previously referred to elaborates upon this (at pp. 1694-97). The study notes, for example, that in the case of statutes capable of alternative interpretations, some of which raise and some which do not raise constitutional problems, it is extremely important that judicial appraisal of the various possibilities not be conducted in a vacuum. The informed view of the tribunal is invaluable here. And, from the standpoint of agency processes themselves, I think it important that those called upon to make governmental decisions focus on the values enshrined in the *Charter*. I should add that constitutional determinations by arbitrators or other administrative tribunals or agencies should, of course, receive no curial deference; see *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, *supra*, at p. 131, *per* Grange J.A. They are not there acting within the limits of their expertise.

Since the arbitrator here could pursuant to its mandate enter into a consideration of the validity of Article 4.04 of the collective agreement, I agree with the Court of Appeal that it becomes quite unnecessary to consider whether the arbitrator was a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1), and I do not, therefore, propose to enter into the question further.

Disposition

I note again that the tribunal did not deal with the issues whether the breach of s. 15 was justified under s. 1 of the *Charter* or whether the associa-

tise de l'arbitre ou de l'organisme. Cette compétence spécialisée peut être d'une aide inestimable en matière d'interprétation constitutionnelle. Le professeur Pinard, précité, aux pp. 173 et 174, a attiré l'attention sur ce facteur dans l'extrait suivant:

... les tribunaux administratifs possèdent une compétence, une expertise et une connaissance d'un milieu particulier qu'ils pourraient avantageusement mettre au service de la mise en œuvre de la primauté de la Constitution. Leur position privilégiée quant à l'appréhension des faits pertinents leur permet d'élaborer une approche fonctionnelle des droits et libertés tout comme des préceptes constitutionnels généraux.

La note de la Harvard Law Review déjà mentionnée s'étend sur cette question (pp. 1694 à 1697). Par exemple, cette étude souligne que dans les cas de dispositions législatives susceptibles d'interprétations différentes, qui soulèvent ou non des problèmes constitutionnels, il est extrêmement important que l'évaluation judiciaire des différentes possibilités ne soit pas examinée dans le vide. L'opinion éclairée du tribunal est inestimable. Et, du point de vue du fonctionnement des organismes lui-même, je pense qu'il est important que ceux qui sont appelés à prendre des décisions gouvernementales portent leur attention sur les valeurs consacrées par la *Charte*. Je devrais ajouter que les décisions constitutionnelles des arbitres ou des autres tribunaux ou organismes administratifs ne devraient évidemment pas bénéficier de la déférence judiciaire; voir *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, précité, à la p. 131, le juge Grange. Dans ce cas, en effet, ils n'agissent pas dans les limites de leur expertise.

Puisqu'en l'espèce l'arbitre pouvait, en vertu de son mandat, examiner la validité de l'article 4.04 de la convention collective, je partage l'avis de la Cour d'appel qu'il est tout à fait inutile d'examiner si l'arbitre était un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) et je n'ai donc pas l'intention d'aller plus loin sur ce point.

Dispositif

Je souligne encore que le tribunal n'a pas traité des questions de savoir si la violation de l'art. 15 était justifiée en vertu de l'article premier de la

tion having agreed to the collective agreement, it or its members should be estopped or deemed to have waived its constitutional rights, and accordingly the Court of Appeal and this Court were not called upon to consider them either. These matters were left to be dealt with in the second phase of the arbitral hearings.

For the above reasons, I would dismiss the appeal with costs. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the negotiation and administration of the retirement provision in the collective agreement between the appellants and the respondent?

Yes.

2. Is such provision or its application "law" as that term is used in s. 15(1) of the *Charter*?

Yes.

3. Is an arbitration board appointed by the parties under the collective agreement to resolve a grievance disputing the constitutionality of such provision a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

4. Does an arbitration board have jurisdiction to hear and determine such a grievance?

Yes, in the course of exercising its mandate.

The reasons of Wilson and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of the reasons of my colleague Justice La Forest and I agree with him that an Arbitration Board appointed by the parties under the *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212 (now the *Industrial Relations Act*) has jurisdiction pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* to determine the constitutional issue raised by the grievance and that it is therefore unnecessary to determine whether the Board is a "court of competent jurisdiction" within the meaning of s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I would, however, prefer to leave open the question whether a tribunal may have

Charte ou si, après avoir consenti à la convention collective, les membres de l'association devraient être irrecevables à invoquer leurs droits constitutionnels ou devraient être réputés y avoir renoncé.

a Par conséquent, la Cour d'appel et notre Cour n'ont pas été appelées à trancher ces questions, qui devaient être traitées à la deuxième étape des audiences arbitrales.

b Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à la négociation et à l'application de la disposition sur la retraite dans la convention collective liant l'appelant et l'intimée?

Oui.

d 2. Cette disposition ou son application constitue-t-elle la «loi» au sens de ce terme au par. 15(1) de la *Charte*?

Oui.

e 3. Un conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu de la convention collective pour résoudre un grief contestant la constitutionnalité de cette disposition est-il un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*?

f Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Un conseil d'arbitrage peut-il connaître d'un tel grief?

g Oui, dans l'exercice de son mandat.

Version française des motifs des juges Wilson et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue le juge La Forest et je partage son avis que le conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu du *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, ch. 212 (maintenant la *Industrial Relations Act*) a compétence, en application du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, pour se prononcer sur la question constitutionnelle soulevée par le grief et qu'il n'est donc pas nécessaire de déterminer si le conseil est un «tribunal compétent» au sens du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je préfère cependant ne pas me prononcer sur la question de savoir si un tribunal peut

such jurisdiction even in the absence of specific provisions in the governing legislation and in the collective agreement such as those heavily relied on by my colleague. I also agree with my colleague that the *Charter* applies to Douglas College and that s. 15 applies to the impugned article in the collective agreement. However, since my resolution of these last two issues rests upon different considerations, I wish to comment briefly on them.

Before doing so, I emphasize that although this appeal was heard along with several others involving the constitutionality of the practice of mandatory retirement, this case neither raises the issue of whether the impugned article of the collective agreement (Article 4.04) violates s. 15 of the *Charter* nor whether that violation is reasonable and demonstrably justifiable under s. 1. As noted by my colleague La Forest J. this case has come on for hearing at the behest of the parties only with respect to a number of preliminary findings made by the arbitrator. Accordingly, these reasons do not deal with the constitutionality of Article 4.04 of the collective agreement.

I. Does the Charter Apply to Douglas College?

In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I identified the criteria I thought were relevant in determining whether an entity is subject to the *Charter* under s. 32. I indicated at p. 370 that:

... I would favour an approach that asks the following questions about entities that are not self-evidently part of the legislative, executive or administrative branches of government:

1. Does the legislative, executive or administrative branch of government exercise general control over the entity in question?
2. Does the entity perform a traditional government function or a function which in more modern times is recognized as a responsibility of the state?
3. Is the entity one that acts pursuant to statutory authority specifically granted to it to enable it to further an objective that government seeks to promote in the broader public interest?

avoir cette compétence même en l'absence de dispositions précises dans la loi habilitante et dans la convention collective comme celles sur lesquelles mon collègue s'est fortement appuyé. Je partage également son avis que la *Charte* s'applique au Douglas College et que l'art. 15 s'applique à l'article contesté de la convention collective. Cependant, puisque ma réponse à ces deux dernières questions repose sur des considérations différentes, je vais faire quelques brèves remarques à leur sujet.

Avant de ce faire, je souligne que, bien que ce pourvoi ait été entendu en même temps que plusieurs autres portant sur la constitutionnalité de la pratique de la retraite obligatoire, cette affaire ne porte pas sur la question de savoir si l'article contesté de la convention collective (article 4.04) viole l'art. 15 de la *Charte* ni celle de savoir si cette violation est raisonnable et si sa justification peut se démontrer en vertu de l'article premier. Comme l'a souligné mon collègue le juge La Forest, cette affaire n'a été entendue à la demande des parties que sur un certain nombre de conclusions préliminaires tirées par l'arbitre. Par conséquent, ces motifs ne portent pas sur la constitutionnalité de l'article 4.04 de la convention collective.

I. La Charte s'applique-t-elle au Douglas College?

Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, j'ai formulé les critères que j'estimais pertinents pour déterminer si une entité est assujettie à la *Charte* en vertu de l'art. 32. J'ai souligné à la p. 370 que:

... je favoriserais une méthode qui soulève les questions suivantes quant aux entités dont il n'est pas évident en soi qu'elles font partie des branches législative, exécutive ou administrative du gouvernement:

1. La branche législative, exécutive ou administrative du gouvernement exerce-t-elle un contrôle général sur l'entité en question?
2. L'entité exerce-t-elle une fonction gouvernementale traditionnelle ou une fonction qui, de nos jours, est reconnue comme une responsabilité de l'État?
3. L'entité agit-elle conformément au pouvoir que la loi lui a expressément conféré en vue d'atteindre un objectif que le gouvernement cherche à promouvoir dans le plus grand intérêt public?

In my opinion, application of this three part test leads to the conclusion that the *Charter* applies to Douglas College.

1. *The Control Test*

A review of the various connections between the Province and Douglas College leads me to conclude that the provincial government exercises a substantial amount of control over the appellant. The government exercises control over the College in three distinct areas: (1) governing structure; (2) policy; and (3) funding.

Dealing first with control over the governing structure of the appellant, the College was incorporated through an Act of the British Columbia legislature, the *College and Institute Act*, R.S.B.C. 1979, c. 53. Section 53 provides that the College is an agent of the Crown and that its powers may be exercised only as an agent of the Crown. As such, the College enjoys special government-like powers. Section 17 provides that College property is protected from expropriation and s. 61 exempts the College from taxation. This enabling statute also sets out in detail the powers, functions, privileges and governing structure of the College.

Under Part 4 the Act establishes a governing body known as the "Board" which effectively has the power to "run" the institution. Under s. 12 it is vested with the authority to "manage, administer and direct the affairs of the institution" including its financial affairs. To these ends the Board is empowered to pass by-laws.

The composition of the Board is dictated by the Lieutenant Governor in Council. Section 6 of the Act provides that the Board shall consist of five members, all of whom are appointed by the Lieutenant Governor. Thus, unlike *McKinney*, in this case the governing body at issue is composed entirely of government appointees.

With respect to College policy, I believe that the province exercises substantial control in this area. Section 7 of the Act provides:

À mon avis, l'application de ce critère à trois volets m'amène à conclure que la *Charte* s'applique au Douglas College.

a 1. *Le critère du «contrôle»*

Un examen des divers liens entre la province et le Douglas College m'amène à conclure que le gouvernement provincial exerce un contrôle important sur l'appelant. Le gouvernement exerce un contrôle sur le collège dans trois domaines distincts: (1) l'organisation interne; (2) les politiques du collège; et (3) le financement.

Pour ce qui est d'abord du contrôle de l'organisation interne de l'appelant, le collège a été constitué en vertu d'une loi de la législature de la Colombie-Britannique, la *College and Institute Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 53. L'article 53 prévoit que le collège est un mandataire de la Couronne et que ses pouvoirs ne peuvent être exercés qu'à ce titre. Comme tel, le collège a des pouvoirs spéciaux semblables à ceux du gouvernement. L'article 17 prévoit que les biens du collège sont protégés contre l'expropriation et l'art. 61 l'exempte d'impôt. La loi habilitante établit également en détail les pouvoirs, les fonctions, les privilèges et l'organisation interne du collège.

À la partie 4, la Loi crée un corps dirigeant désigné comme le [TRADUCTION] «conseil», qui a réellement le pouvoir de [TRADUCTION] «diriger» l'institution. En vertu de l'art. 12, le conseil peut [TRADUCTION] «gérer, administrer et diriger les affaires de l'institution» y compris ses affaires financières. À cette fin, le conseil a le pouvoir d'adopter des règlements.

La composition du conseil est établie par le lieutenant-gouverneur en conseil. L'article 6 de la Loi prévoit que le conseil est composé de cinq membres qui sont tous nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil. Ainsi, à la différence de l'arrêt *McKinney*, le corps dirigeant en l'espèce est composé entièrement de membres nommés par le gouvernement.

Quant à la politique du collège, j'estime que la province exerce un contrôle important dans ce domaine. L'article 7 de la Loi prévoit:

7. The objects of a college are to provide comprehensive

- (a) courses of study equivalent to those given by a university at the first and second year post secondary level;
- (b) post secondary education or training; and
- (c) continuing education.

Part 2 of the Act sets out the powers and duties of the Minister. Under s. 2(1) the Minister is obliged to establish in consultation with the Board policy or directives for post secondary education and training in the Province. The Minister is also obliged to provide services he considers necessary to the College (and in fact may require the College to use these services), to file an annual report with the Legislature respecting the state of post secondary education in the Province, and to coordinate continuing education programs. Under s. 2(2) the Minister may designate which functions, technical, vocational, artistic, educational or otherwise, a provincial institute shall perform. In addition, under s. 3 the Minister has the discretion to establish educational, training, administrative and other standards for the Act, to require an institution to issue a diploma or certificate to a student, to monitor the provision of post secondary education by a college whether or not it is receiving financial support from government, and to establish accreditation methods. The Minister may also require the College to provide information and proposals in satisfactory form, to develop or provide a service to another institution, to avoid duplication of programs, to establish articulation committees (and may require the college to participate in one) and to accept equivalent credits from other institutions.

The evidence discloses that the Minister has in the past acted upon his authority to mold College policy. Specifically, the respondent points to two incidents which it says demonstrate unequivocally the extraordinary powers of the Minister over the College. In 1980 the Minister determined that the College be divided into two separate institutions,

[TRANSDUCTION] 7. Les collèges ont pour objet d'offrir:

- a) un programme complet de cours équivalents à ceux qu'offre une université pendant les première et deuxième années d'études postsecondaires;
- b) un programme d'études ou de formation postsecondaires;
- c) un programme d'éducation permanente.

La partie 2 de la Loi établit les pouvoirs et fonctions du ministre. En vertu du par. 2(1), le ministre est tenu d'établir, sur avis du conseil, des politiques ou des directives concernant l'éducation et la formation postsecondaires dans la province. Le ministre est également tenu de fournir au collège les services qu'il estime nécessaires (et peut d'ailleurs obliger le collège à les utiliser), de déposer un rapport annuel auprès de la législature concernant l'état de l'éducation postsecondaire dans la province, et de coordonner des programmes d'éducation permanente. En vertu du par. 2(2), le ministre peut désigner les fonctions techniques, professionnelles, artistiques, éducatives ou autres qu'une institution provinciale doit fournir. En outre, en vertu de l'art. 3, le ministre a le pouvoir discrétionnaire d'établir aux fins de l'application de la Loi les normes éducatives, professionnelles, administratives et autres, d'exiger qu'une institution décerne un diplôme ou un certificat à un étudiant, de superviser les programmes d'éducation postsecondaires offerts par un collège, que celui-ci reçoive ou non des subventions du gouvernement, et d'établir des modes d'accréditation. Le ministre peut également exiger que le collège fournisse des renseignements et des propositions, sous une forme qu'il juge satisfaisante, qu'il fournisse un service à une autre institution, qu'il évite la duplication des programmes, qu'il établisse des comités d'orientation (et peut exiger que le collège participe à l'un de ceux-ci) et qu'il crédite les cours équivalents suivis dans d'autres institutions.

La preuve indique que le ministre a déjà exercé ses pouvoirs pour modeler la politique du collège. Plus précisément, l'intimée mentionne deux incidents qu'elle affirme démontrer, de manière non équivoque, les pouvoirs extraordinaires du ministre à l'égard du collège. En 1980, le ministre a décidé que le collège serait divisé en deux institutions

Douglas College and Kwantlen College. There is no indication that the Board participated in this decision to split the College. In 1985 the Minister informed the College by letter of his intention to transfer the Psychiatric Nursing Program to Douglas College from the British Columbia Institute of Technology, another post secondary institution in the province. Neither institution had any effective control over the transfer of this program and in the end 19 psychiatric nursing instructors were relocated.

The Minister also effectively controls the activities of the Board. Board bylaws must be accompanied by a statement of the Board specifying the measures it has taken to ascertain the opinion of students and professional employees of the College. Under s. 12(1)(c) these bylaws passed by the Board for the orderly conduct of its affairs do not come into force until approved in writing by the Minister.

Finally, with respect to the issue of funding, the evidence discloses that the government funds approximately 83 per cent of the operating costs of the College. This economic assistance has gone hand in hand with government insistence upon financial accountability. Several provisions of the *College and Institute Act* deal with financing, investing, budgeting, auditing and borrowing by the College. The College is prohibited from expending funds beyond the amount granted by the government unless the Minister of Finance and the Minister of Education first approve the expenditure (s. 20). As well, the College has been treated as a government body under the *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, c. 15, a government sponsored corporation under the *Financial Information Act*, R.S.B.C. 1979, c. 131 (rep. & sub. by S.B.C. 1985, c. 8), and a public sector employer under the *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, c. 32 (rep. by s. 69 of the *Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, c. 24).

With respect to the level of control exercised by government over the College, I believe that the

distinctes, le Douglas College et le Kwantlen College. Rien n'indique que le conseil ait participé à cette décision de scinder le collège. En 1985, dans une lettre au collège, le ministre l'avise de son intention de transférer au Douglas College le programme de soins infirmiers en psychiatrie du British Columbia Institute of Technology, une autre institution postsecondaire de la province. Ni l'une ni l'autre des institutions n'a eu de contrôle réel sur le transfert de ce programme et, en dernière analyse, 19 professeurs de soins infirmiers en psychiatrie ont été déplacés.

Le ministre contrôle aussi les activités du conseil. Les règlements du conseil doivent être accompagnés d'une déclaration de celui-ci précisant les mesures prises pour vérifier l'opinion des étudiants et des employés professionnels du collège. En vertu de l'al. 12(1)c), ces règlements adoptés par le conseil pour la bonne marche de ses affaires n'entrent en vigueur qu'après approbation écrite du ministre.

Finalement, quant à la question du financement, la preuve indique que le gouvernement finance approximativement 83 p. 100 des coûts de fonctionnement du collège. Cette assistance financière va de pair avec l'imputabilité financière sur laquelle insiste le gouvernement. Plusieurs dispositions de la *College and Institute Act* portent sur les pouvoirs du collège en matière de financement, d'investissement, de budget, de vérification et d'emprunt. Le collège ne peut dépenser une somme supérieure aux fonds que lui accorde le gouvernement à moins que le ministre des Finances et le ministre de l'Éducation n'approuvent préalablement la dépense (art. 20). En outre, le collège est traité comme un organisme gouvernemental en vertu de la *Financial Administration Act*, S.B.C. 1981, ch. 15, une société subventionnée par le gouvernement selon la *Financial Information Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 131 (abr. et rempl. par S.B.C. 1985, ch. 8), et un employeur du secteur public en vertu de la *Compensation Stabilization Act*, S.B.C. 1982, ch. 32 (abr. par l'art. 69 de la *Industrial Relations Reform Act, 1987*, S.B.C. 1987, ch. 24).

Quant au degré de contrôle exercé par le gouvernement sur le collège, j'estime que les indica-

indicia of control which I have identified support the conclusion that the Province exercises substantial control over the appellant. My colleague La Forest J. has also found that the College is not an autonomous body but rather is part of the "apparatus of government". In light of this he did not consider it necessary that the Province exercise direct control over the implementation of Article 4.04 of the collective agreement in order that the *Charter* apply. I agree with his findings in that regard.

2. *The Government Function Test*

This appeal resembles *McKinney* in that it is very much concerned with the role of government in the provision of education. In *McKinney*, I examined the history of government's involvement in the educational area broadly construed and concluded that the provision of education is a government function. Those comments apply with equal force to this appeal.

I wish to add, however, that community colleges unlike universities did not lose a historic independence when government decided to intervene. Community colleges have always been creatures of government. As Harris points out in *A History of Higher Education in Canada 1663-1960* (Toronto 1976), at pp. 371-72, community colleges came into being in Canada at the impetus of government. The historical origins of Canadian community colleges can be traced back to 1910. In that year the federal government appointed a Royal Commission on Industrial Training and Technical Education which recommended that three million dollars be assigned annually to the provinces for the development of vocational education. Implementation of this recommendation was delayed due to the outbreak of the First World War. In 1919, however, the federal government passed *The Technical Education Act*, S.C. 1919, c. 73 giving effect to the proposals of the Royal Commission. Most provinces established vocational programs within the secondary school system with the money they received. It was not until later that separate

teurs de contrôle que j'ai mentionnés étayent la conclusion que la province exerce un contrôle important sur l'appelant. Mon collègue le juge La Forest a également conclu que le collège n'est pas un organisme autonome mais fait plutôt partie de «l'appareil gouvernemental». Compte tenu de cette conclusion, il n'a pas jugé nécessaire que la province exerce un contrôle direct sur l'application de l'article 4.04 de la convention collective pour conclure que la *Charte* s'appliquait. Je partage ses conclusions à cet égard.

2. *Le critère de la «fonction gouvernementale»*

Ce pourvoi ressemble à l'arrêt *McKinney* en ce qu'il concerne dans une large mesure le rôle du gouvernement en matière d'enseignement. Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai examiné l'historique de la participation du gouvernement dans le domaine de l'enseignement au sens large et j'ai conclu que dispenser l'enseignement est une fonction gouvernementale. Ces remarques s'appliquent avec autant de force dans ce pourvoi.

Je tiens cependant à ajouter que les collèges communautaires, contrairement aux universités, n'ont pas perdu une indépendance historique lorsque le gouvernement a décidé d'intervenir. Les collèges communautaires ont toujours été des créatures du gouvernement. Comme Harris l'a souligné dans *A History of Higher Education in Canada 1663-1960* (Toronto 1976), aux pp. 371 et 372, les collèges communautaires ont été créés au Canada sur l'initiative des gouvernements. Les origines historiques des collèges communautaires canadiens remontent à 1910. Cette année-là, le gouvernement fédéral a établi une Commission royale sur l'enseignement industriel et technique qui a recommandé que l'on verse annuellement trois millions de dollars aux provinces pour la création de programmes de formation professionnelle. L'avènement de la Première Guerre mondiale a cependant retardé la mise en œuvre de cette recommandation. Cependant, en 1919, le gouvernement fédéral a adopté la *Loi d'enseignement technique*, S.C. 1919, ch. 73, pour donner effet aux recommandations de la Commission royale. Avec les sommes reçues, la plupart des provinces ont établi des programmes de formation professionnelle dans les écoles secondaires. Ce n'est que plus tard que des

institutions now known as community colleges came into being.

I conclude that the provision of education, including education at the community college level, is a function of modern government.

3. *Statutory Authority and the Public Interest Test*

It has already been established that the College is an agent of the Crown and is empowered to conduct its affairs through its enabling statute. It has also been shown that the provision of technical education at the community college level is a matter for which the government has assumed responsibility. Government involvement in this area is easily justified. In brief, the availability of adequately trained technical support staff is essential to the successful growth and expansion of the economy. Technological advancement is thwarted without a sophisticated labour force ready to work in these fields. It has thus been in the public interest that educational services be provided in technical areas.

The fact that the College is a Crown agent established, funded and heavily controlled by government, together with the fact that the College is discharging a government function in the public interest, leads me to conclude that the College is part of government for the purposes of s. 32 of the *Charter*.

II. Is Article 4.04 of the Collective Agreement "Law" Within the Meaning of s. 15(1) of the Charter?

Having found that acts of the College constitute government action for purposes of s. 32, does s. 15(1) apply to the collective agreement and in particular to Article 4.04?

The Court of Appeal noted that the word "law" appears not only in s. 15 but also in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Relying upon a rule of statutory construction, the court determined that the word "law" should be given the same meaning throughout the *Charter* and therefore turned to the jurisprudence of this

institutions distinctes, maintenant connues sous le nom de collèges communautaires, ont été créées.

Je conclus que les programmes d'enseignement offerts, y compris les programmes offerts dans les collèges communautaires, représentent une fonction du gouvernement moderne.

3. *Le pouvoir conféré par la loi et le critère de l'intérêt public*

Il a déjà été établi que le collège est un mandataire de la Couronne et qu'il a le pouvoir de diriger ses affaires en vertu de sa loi habilitante. J'ai également déjà indiqué que les programmes de formation technique offerts dans les collèges communautaires relèvent de la responsabilité du gouvernement. La participation du gouvernement dans ce domaine se justifie facilement. Brièvement, il est essentiel à l'évolution et au développement de l'économie de disposer d'un personnel de soutien technique ayant reçu une formation adéquate. Sans une main-d'œuvre évoluée prête à travailler dans ces domaines, le développement technologique est compromis. C'est donc dans l'intérêt public que des services d'éducation sont offerts dans les domaines techniques.

Le fait que le collège soit un mandataire de la Couronne établi, subventionné et largement contrôlé par le gouvernement, ainsi que le fait que le collège exécute une fonction gouvernementale dans l'intérêt public, m'amène à conclure que le collège fait partie du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*.

II. L'article 4.04 de la convention collective est-il une «loi» au sens du par. 15(1) de la Charte?

Ayant conclu que les actions du collège constituent une action gouvernementale aux fins de l'art. 32, le par. 15(1) s'applique-t-il à la convention collective et, en particulier, à l'article 4.04?

La Cour d'appel a souligné que le terme «loi» figure non seulement à l'art. 15 (loi) mais également à l'article premier de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (règle de droit). S'appuyant sur une règle d'interprétation législative, la cour a conclu que ces termes devraient avoir la même signification dans toute la *Charte* et

Court dealing with ss. 1 and 52. It concluded that "law" means a rule or system of rules formulated by government and imposed upon the whole or a segment of society.

I must respectfully disagree with the approach of the Court of Appeal. In *McKinney*, I noted that this Court is not bound by the ordinary rules of statutory construction in interpreting the provisions of the *Charter*. This has been made clear by the judgment of this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, where it was held that the proper approach to interpretation of the *Charter* is a purposive one. I indicated that a purposive approach to the various sections in the *Charter* in which the word "law" appears may lead to different interpretations of the word "law" in the context of those provisions. With respect to ss. 52 and 1, I noted at p. 386 that:

Section 52 is animated by the doctrine of constitutional supremacy. As such, a wide view of "law" under that provision is mandated so that all exercises of state power, whether legislative or administrative, are caught by the *Charter*. Section 1, on the other hand, serves the purpose of permitting limits to be imposed on constitutional rights when the demands of a free and democratic society require them. These limits must, however, be expressed through the rule of law. The definition of law for such purposes must necessarily be narrow. Only those limits on guaranteed rights which have survived the rigours of the law-making process are effective.

Adopting the same purposive approach to the word "law" in s. 15(1), I stated at pp. 387-88 that:

It is, I think, now clearly established that what lies at the heart of s. 15(1) is the promise of equality in the sense of freedom from the burdens of stereotype and prejudice in all their subtle and ugly manifestations. However, the nature of discrimination is such that attitudes rather than laws or rules may be the source of the discrimination

Given that discrimination is frequently perpetuated, unwittingly or not, through rather informal practices, it would be altogether inconceivable that they should be treated as insufficient to trigger the application of s. 15.

a donc fait appel à la jurisprudence de notre Cour sur les articles premier et 52. Elle a conclu que «règle de droit» signifie une règle ou un système de règles formulées par le gouvernement et imposées à l'ensemble ou à une partie de la société.

Avec égards, je ne partage pas l'interprétation de la Cour d'appel. Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai souligné que notre Cour n'est pas liée par les règles d'interprétation législative ordinaires pour interpréter les dispositions de la *Charte*. Notre Cour l'a affirmé clairement dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, où elle a dit que l'interprétation fondée sur l'objet était la meilleure façon d'aborder la *Charte*. J'ai indiqué qu'une interprétation fondée sur l'objet des diverses dispositions de la *Charte* dans lesquelles figurent les termes «loi», ou «règle de droit» peut conduire à des interprétations différentes de ces termes dans le contexte de ces dispositions. Quant à l'art. 52 et à l'article premier, j'ai souligné à la p. 386 que:

L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. À ce titre, une interprétation large de la «règle de droit», dont il est question dans cette disposition, est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la *Charte*. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. À cette fin, la définition de l'expression «règle de droit» doit nécessairement être restreinte. Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables.

Adoptant la même interprétation fondée sur l'objet quant au terme «loi» au par. 15(1), j'ai affirmé aux pp. 387 et 388 que:

Je pense qu'il est maintenant clairement établi qu'au cœur du par. 15(1) se trouve la promesse d'une égalité au sens d'une libération du poids des stéréotypes et des préjugés sous toutes leurs formes subtiles et répugnantes. Cependant, la nature de la discrimination est telle que des attitudes plutôt que des lois ou des règles peuvent être à l'origine de la discrimination

Étant donné que la discrimination se manifeste souvent, inconsciemment ou non, par des pratiques plutôt informelles, il serait tout à fait inconcevable que celles-ci soient jugées insuffisantes pour déclencher l'application de l'art. 15.

In my opinion, therefore, it is not necessary that a "law" be identified in order to bring s. 15(1) into play. In *McKinney* I said at p. 383:

I believe, however, that on a purposive interpretation of s. 15 the guarantee of equality before and under the law and equal protection and benefit of the law also constitutes a directive to the courts to see that discrimination engaged in by anyone to whom the Charter applies is redressed whether it takes the form of legislative activity, common law principles or simply conduct. In other words, s. 15 is, in effect, declaratory of the rights of all to equality under the justice system so that, if an individual's guarantee of equality is not respected by those to whom the *Charter* applies, the courts must redress that inequality. [Emphasis added.]

Since I have found that the *Charter* applies to Douglas College as a government entity, it follows that its actions are subject to review by the courts under s. 15.

It is not necessary, however, that a definitive conclusion be reached on this issue for two reasons. As I stated in *McKinney* at p. 382:

I would agree with La Forest J. that if you have to find a "law" under s. 15 before the section is triggered, then "law" should be given a very liberal interpretation and should not be confined to legislative activity. It should also cover policies and practices even if adopted consensually.

In this case, La Forest J. has adopted such a generous interpretation of the word "law". In his view, the collective agreement should be construed as "law" because to do otherwise would permit government to avoid its obligations under the *Charter* through the use of contracts. I agree with him that to sanction such practices by placing them beyond the purview of s. 15 would be intolerable and that therefore the fact that a *Charter* violation is contained within a collective agreement cannot insulate it from review by this Court. If there must be a "law" involved before s. 15 is triggered, that law is found in the collective agreement and in particular Article 4.04.

À mon avis, il n'est donc pas nécessaire de conclure à l'existence d'une «loi» pour qu'inter-vienne le par. 15(1). Dans l'arrêt *McKinney*, j'ai dit à la p. 383:

^a J'estime cependant que, selon une interprétation de l'art. 15 fondée sur son objet, la garantie d'égalité devant et selon la loi ainsi que celle de la même protection et du même bénéfice de la loi constituent également une directive pour les tribunaux de veiller à ce que la discrimination pratiquée par toute personne visée par l'application de la Charte soit corrigée, qu'elle prenne la forme d'une activité législative, d'un principe de common law ou d'une simple conduite. En d'autres termes, l'art. 15 est dans les faits déclaratoire des droits de tous à l'égalité dans le système judiciaire de sorte que si la garantie d'égalité d'un individu n'est pas respectée par ceux à qui la *Charte* s'applique, les tribunaux doivent remédier à cette inégalité. [Je souligne.]

^d Puisque j'ai conclu que la *Charte* s'applique au Douglas College comme entité gouvernementale, il s'ensuit que ses actions sont assujetties à un examen judiciaire en vertu de l'art. 15.

^e Il n'est cependant pas nécessaire de conclure de façon définitive sur cette question pour deux raisons. Comme je l'affirme dans l'arrêt *McKinney* à la p. 382:

^f Je partage l'avis du juge La Forest que s'il faut conclure à l'existence d'une «loi» en vertu de l'art. 15 avant d'appliquer la disposition, il faudrait alors donner au terme «loi» une interprétation très libérale qui ne soit pas restreinte à l'activité législative. Il devrait également ^g comprendre les politiques et pratiques même si celles-ci sont adoptées de consentement.

En l'espèce, le juge La Forest a retenu cette interprétation généreuse du terme «loi». À son avis, la convention collective devrait être interprétée comme une «loi» parce qu'autrement le gouvernement pourrait éviter, au moyen de contrats, de s'acquitter de ses obligations en vertu de la *Charte*. Je partage son avis que sanctionner ces pratiques en les mettant hors de portée de l'art. 15 serait intolérable et donc que le fait qu'une violation de la *Charte* soit contenue dans une convention collective ne peut la soustraire à l'examen de notre Cour. S'il faut qu'une «loi» soit en cause avant d'appliquer l'art. 15, cette loi existe dans la convention collective et, en particulier, à l'article 4.04.

Alternatively, another such "law" may be found in the College's enabling statute which contains a provision specifically conferring power on the Board to terminate contracts of employment. Section 29(1) of the *College and Institute Act* provides:

29. (1) The board or, if authorized by it, the principal or a person he designates, may, under the bylaws of the institution, appoint employees it considers necessary to carry on the business and operations of the institution and may define their duties and tenure, determine their remuneration and provide an organization to carry out the purposes of the institution.

Accordingly, the alleged denial of equality was effected by "law" or by conduct entitled to be redressed by law and the first requirement of s. 15(1) is met. I note that the question whether Article 4.04 (either standing alone, if severable, or in conjunction with other provisions of the collective agreement) is discriminatory within the meaning of s. 15(1) has not been addressed by the parties, the arbitrator or the courts below. Accordingly, like my colleague La Forest J., I express no opinion on that issue.

III. Disposition

I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply to the negotiation and administration of the retirement provision in the collective agreement between the appellant and the respondent?

Yes.

2. Is such a provision or its application "law" as that term is used in s. 15(1) of the *Charter*?

Yes, if it is necessary to find a "law" under s. 15(1).

3. Is an arbitration board appointed by the parties under the collective agreement to resolve a grievance disputing the constitutionality of such provision a court of competent jurisdiction under s. 24(1) of the *Charter*?

It is not necessary to answer this question.

De manière subsidiaire, une autre «loi» semblable peut être trouvée dans la loi habilitante du collège qui contient une disposition conférant expressément au conseil le pouvoir de mettre fin aux contrats de travail. Le paragraphe 29(1) de la *College and Institute Act* prévoit:

[TRADUCTION] 29. (1) Le conseil ou, avec son approbation, le directeur ou la personne qu'il désigne, peut, en vertu des règlements de l'institution, nommer les employés qu'il juge nécessaires au fonctionnement et aux attributions de l'institution et peut établir leurs fonctions, la durée de leur mandat, leur rémunération et une organisation chargée de l'exécution des objectifs de l'institution.

Par conséquent, la négation alléguée de l'égalité résultait d'une «loi» ou d'une conduite pouvant faire l'objet d'une réparation en droit, et la première exigence du par. 15(1) est satisfaite. Je souligne que ni les parties ni l'arbitre ni les tribunaux d'instance inférieure n'ont soulevé la question de savoir si l'article 4.04 (seul, s'il peut être séparé, ou conjointement avec d'autres dispositions de la convention collective) est discriminatoire au sens du par. 15(1). Par conséquent, comme mon collègue le juge La Forest, je n'exprime aucune opinion sur cette question.

III. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle à la négociation et à l'administration de la disposition sur la retraite dans la convention collective liant l'appelant et l'intimée?

Oui.

2. Cette disposition ou son application constitue-t-elle la «loi» au sens de ce terme au par. 15(1) de la *Charte*?

Oui, s'il est nécessaire de conclure à l'existence d'une «loi» en vertu du par. 15(1).

3. Un conseil d'arbitrage nommé par les parties en vertu de la convention collective pour résoudre un grief contestant la constitutionnalité de cette disposition est-il un tribunal compétent aux termes du par. 24(1) de la *Charte*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Does an arbitration board have the jurisdiction to hear and determine such a grievance?

Yes, in the course of exercising its mandate.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues Justices La Forest and Wilson and, for the reasons expressed in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, I am in agreement with the position taken by my colleague La Forest J. except with respect to his finding that the collective agreement in this case is “law” under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Both La Forest and Wilson JJ. are of the view that the mandatory retirement provisions in the collective agreement qualify as “law” under s. 15 of the *Charter* notwithstanding that such “policies” may be the product of fair negotiations reflecting the desired objectives of both parties. I respectfully disagree that the consensual nature of the policies in question may be so discarded in the examination as to whether they constitute “law”. In this regard, I share the misgivings of my colleague Justice Cory, as expressed in *McKinney*, with the proposition that an individual cannot, under any circumstances, contract out of the rights of equality in matters pertaining to age.

While I do not dispute that “law” is not confined merely to legislative activity, I am of the view that an element of coercion must be present even in government “activity” or “program” for such to be reasonably characterized as law. This element of imposition or prescription by the state distinguishes law from voluntarily-assumed rights and obligations. In this respect, I would uphold the view expressed by the Divisional Court of Ontario in *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545, of “law” in the sense of a rule of conduct made binding upon a subject by the state.

My colleague Wilson J. has pointed out that the nature of discrimination is such that attitudes

4. Un conseil d'arbitrage peut-il connaître d'un tel grief?

Oui, dans l'exercice de son mandat.

^a Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Wilson et, pour les motifs exposés dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, rendu en même temps que celui-ci, je suis d'accord avec la position adoptée par mon collègue le juge La Forest à l'exception de sa conclusion que la convention collective dans la présente espèce est une «loi» au sens de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les juges La Forest et Wilson sont tous deux d'avis que les dispositions relatives à la retraite obligatoire dans la convention collective sont une «loi» au sens de l'art. 15 de la *Charte* même si ces «politiques» peuvent être le fruit de négociations justes qui traduisent les objectifs recherchés par les deux parties. Avec égards, je ne partage pas l'avis que la nature consensuelle des politiques en cause peut être ainsi écartée lorsqu'il s'agit de décider si elles constituent une «loi». À cet égard, je partage les doutes que mon collègue le juge Cory a exprimés dans l'arrêt *McKinney* relativement à la proposition qu'un individu ne peut, en aucune circonstance, écartier par contrat les droits à l'égalité en matière d'âge.

^g Je ne conteste pas que le mot «loi» ne se limite pas simplement à l'activité législative, mais je suis d'avis qu'il doit y avoir un élément de contrainte, même dans une «activité» ou un «programme» gouvernemental pour que celle-ci ou celui-ci puisse être qualifié de «loi». Cet élément d'imposition ou d'exigence de la part de l'État distingue la «loi» des droits et obligations volontairement assumés. À cet égard, je confirmerais l'opinion exprimée par la Cour divisionnaire de l'Ontario dans *Re Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board* (1987), 58 O.R. (2d) 545, quant au mot «loi», dans le sens de règle de conduite que l'État impose à un citoyen.

^j Ma collègue le juge Wilson a signalé que la nature de la discrimination est telle que des attitu-

rather than laws or rules may be the source of discrimination. I agree with this general proposition, and it is for this reason that human rights legislation generally proscribes all conduct which is discriminatory on a prohibited ground. With this example before them, the framers of the *Charter* chose to limit the *Charter's* application to conduct that qualifies as law. While this term is to be given a large and generous construction, I do not think that it can be ignored. In my opinion, it was not intended to apply to purely consensual conduct. The *Charter* was intended to protect the individual from the coercive power of the state and not against the individual's own voluntary conduct in dealing with state entities.

Save as to the answer to the question numbered 2, I would dispose of the appeal and answer the constitutional questions as proposed by La Forest J.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in agreement with the reasons of Justice Wilson with regard to the application of the test she formulated in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, to the situation presented in this appeal. That test provides a means for determining whether an entity is a part of government to which the *Charter* applies.

In all other respects, I am in complete agreement with the reasons of Justice La Forest.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Schiller, Coutts & Weiler, Vancouver.

Solicitors for the respondent: McGrady & Co., Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

des plutôt que des lois ou des règles peuvent être la source de discrimination. Je suis d'accord avec cette proposition générale, et c'est pour cette raison que la législation en matière de droits de la personne interdit généralement toute conduite qui est discriminatoire pour un motif prohibé. Connaissant cet exemple, les rédacteurs de la *Charte* ont choisi de limiter l'application de la *Charte* à la conduite qui peut être qualifiée de «loi». Bien qu'il faille donner à ce terme une interprétation large et libérale, je ne pense pas qu'on puisse ne pas en tenir compte. À mon avis, on n'a pas voulu l'appliquer à une conduite purement consensuelle. La *Charte* a été conçue pour protéger l'individu du pouvoir coercitif de l'État et non contre ses propres actes volontaires dans ses contacts avec des entités de l'État.

À l'exception de la réponse à la question 2, je suis d'avis de trancher le pourvoi et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière proposée par le juge La Forest.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Je suis d'accord avec les motifs du juge Wilson concernant l'application à la présente situation du critère qu'elle a formulé dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Ce critère fournit un moyen de déterminer si une entité fait partie du gouvernement auquel la *Charte* s'applique.

À tous les autres égards, je souscris entièrement aux motifs du juge La Forest.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Schiller, Coutts & Weiler, Vancouver.

Procureurs de l'intimée: McGrady & Co., Vancouver.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Brian Barrington-Foote, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Shamanand Kuldip *Respondent*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KULDIP

File No.: 20803.

1990: March 28; 1990: December 7.

Present: Dickson C.J.* and Lamer C.J.** and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Retrial — Cross-examination of accused at a new trial on his testimony given at a previous trial for purpose of impeaching his credibility — Whether cross-examination infringed s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Evidence — Cross-examination — Self-incrimination — Retrial — Cross-examination of accused at a new trial on his testimony given at a previous trial for purpose of impeaching his credibility — Whether cross-examination infringed s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or s. 5(2) of the Canada Evidence Act.

The respondent was convicted of failing to remain at the scene of an accident with intent to escape civil or criminal liability, contrary to s. 233(2) of the *Criminal Code*. A Summary Conviction Appeal Court allowed his appeal and ordered a new trial. During the course of the second trial, the Crown sought to impeach the respondent's credibility by cross-examining him on apparent inconsistencies with the testimony which he had given at his first trial. He was again convicted of the offence and an appeal from that conviction was dismissed by the Summary Conviction Appeal Court. The Court of Appeal allowed the appeal from that decision, quashed the conviction and entered a verdict of acquittal on the grounds that the cross-examination of the respondent, using his testimony at his first trial to impeach his

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Shamanand Kuldip *Intimé*

a

et

Le procureur général du Canada et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

b RÉPERTORIÉ: R. c. KULDIP

N° du greffe: 20803.

1990: 28 mars; 1990: 7 décembre.

c Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin.

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

d

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Nouveau procès — Contre-interrogatoire d'un accusé, au cours d'un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur dans le but d'attaquer sa crédibilité — Le contre-interrogatoire contrevient-il à l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés?

e

Preuve — Contre-interrogatoire — Auto-incrimination — Nouveau procès — Contre-interrogatoire d'un accusé, au cours d'un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur dans le but d'attaquer sa crédibilité — Le contre-interrogatoire contrevient-il à l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés ou à l'art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada?

g

L'intimé a été déclaré coupable d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident dans l'intention d'échapper à toute responsabilité civile ou criminelle en contravention avec le par. 233(2) du *Code criminel*. La Cour d'appel des poursuites sommaires a accueilli son appel et a ordonné un nouveau procès. Au cours du deuxième procès, le ministère public a tenté d'attaquer la crédibilité de l'intimé en le contre-interrogeant au sujet des déclarations incompatibles que contenait son témoignage au premier procès. Il a encore une fois été déclaré coupable de l'infraction et un appel contre cette déclaration de culpabilité a été rejeté par la Cour d'appel des poursuites sommaires. La Cour d'appel a accueilli l'appel contre cette décision, a annulé la déclaration de culpabilité et a prononcé un verdict d'acquiescement pour le motif que le

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

credibility at his second trial, violated s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The constitutional questions stated in this Court were: whether the cross-examination of an accused at a new trial on testimony given at a previous trial on the same charge for any purpose infringes s. 13 of the *Charter*; and, if so, whether such cross-examination is justified on the basis of s. 1 of the *Charter*.

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

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Gonthier and McLachlin JJ.: The cross-examination of the respondent at his second trial on testimony given by him at a previous trial on the same information was clearly for the purpose of undermining his credibility and, therefore, his s. 13 rights were not violated. It is appropriate to distinguish between a cross-examination made for the purpose of impeaching credibility and one made to "incriminate" the accused, that is, to establish guilt. Using a prior inconsistent statement from a former proceeding in order to impugn the credibility of an accused does not incriminate that person. The previous statement is not tendered as evidence to establish the proof of its contents but, rather, is tendered for the purpose of unveiling a contradiction between what the accused is saying now and what he has said on a previous occasion. An accused has the right to remain silent during his trial. If, however, an accused chooses to take the stand, that accused is implicitly vouching for his credibility. Such an accused, like any other witness, has therefore opened the door to having the trustworthiness of his evidence challenged. An interpretation of s. 13 which insulates an accused from having previous inconsistent statements put to him on cross-examination for the sole purpose of challenging credibility would "stack the deck" too highly in favour of the accused.

Section 5(2) of the *Canada Evidence Act* expressly allows the witness to make an objection to a question where the answer may tend to criminate the witness. The witness is guaranteed that, in exchange for being compelled to answer such a question, the answer will not be used to criminate the witness in a subsequent proceeding. A further guarantee that such answer will not be used in cross-examination to challenge the witness's credibility at a later proceeding would extend beyond the purpose of s. 5(2). Section 5 does not prohibit the Crown from ever using the privileged testimony in cross-

contre-interrogatoire de l'intimé, faisant appel au témoignage rendu à son premier procès pour attaquer sa crédibilité lors du second procès, contrevenait à l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

a Les questions constitutionnelles énoncées par notre Cour étaient les suivantes: y a-t-il violation de l'art. 13 de la *Charte* lorsqu'on contre-interroge un accusé, à quelque fin que ce soit, au cours d'un nouveau procès sur un témoignage rendu à un procès antérieur visant la même accusation? et, dans l'affirmative, ce contre-interrogatoire est-il justifié en fonction de l'article premier de la *Charte*?

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

c Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Gonthier et McLachlin: Le contre-interrogatoire de l'intimé au deuxième procès, sur un témoignage rendu au cours d'un procès antérieur portant sur la même dénonciation, avait nettement pour but d'attaquer sa crédibilité et, par conséquent, il n'y a pas eu violation des droits que lui garantit l'art. 13. Il est pertinent d'établir une distinction entre le contre-interrogatoire aux fins d'attaquer la crédibilité et celui qui a pour but d'«incriminer» l'accusé, c'est-à-dire d'établir la culpabilité. L'emploi d'une déclaration antérieure incompatible tirée d'une procédure précédente en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé n'a pas pour effet d'incriminer cette personne. La déclaration antérieure ne sera pas présentée pour faire la preuve de son contenu, mais bien en vue de révéler une contradiction entre ce que l'accusé affirme maintenant et ce qu'il a dit auparavant. Un accusé a le droit de garder le silence pendant son procès. Toutefois, si l'accusé choisit de témoigner, c'est qu'il se porte implicitement garant de sa crédibilité. Cet accusé, tout comme n'importe quel autre témoin, ouvre donc la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage. Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité équivaldrait à trop «fausser la donne» en faveur de l'accusé.

i Le paragraphe 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* permet expressément au témoin de formuler une objection à une question, pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer. On garantit au témoin que, en échange de l'obligation de répondre à la question, sa réponse ne sera pas utilisée pour l'incriminer dans une procédure subséquente. Garantir de plus que cette réponse ne sera pas employée en contre-interrogatoire pour attaquer la crédibilité du témoin, dans une procédure future, irait au-delà de l'objet du par. 5(2). L'article 5 n'interdit pas au ministère public d'employer

examining the accused at a later proceeding but, rather, only prevents the Crown from using the testimony to incriminate the accused.

Section 5(2) of the Act and s. 13 of the *Charter* offer virtually identical protection. Neither prevents the Crown from using the testimony in cross-examination at the later proceeding for the purpose of determining the witness's credibility. The difference between these sections is that s. 5(2) requires an objection at the first proceedings while s. 13 does not.

A constitutional question is to be stated only where doubt as to the constitutional validity, applicability or operability of a statute or regulation is raised. It was not necessary to answer the constitutional questions stated here because the case at bar arose out of the Crown's actions in cross-examining the accused and not out of any question as to the constitutionality of a legislative provision.

Per Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The appeal should be dismissed for the reasons given by the Court of Appeal.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 1110; **distinguished:** *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272; **considered:** *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350; *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1; *R. v. Coté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564; *R. v. Langille* (1986), 176 A.P.R. 262; *R. v. B.(W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5), ss. 5(1), (2), 10.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 13.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 233(2).
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 32 [am. SOR/84-821, s. 1].

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 24 O.A.C. 393, 40 C.C.C. (3d) 11, 62 C.R. (3d) 336, allowing the respondent's appeal from a judgment of Weiler Dist. Ct. J., (1986), 17 W.C.B. 91, 9 C.R.D. 875-02, [1986] Ont. D. Crim. Conv. 5405-02, dismissing the

le témoignage protégé lors du contre-interrogatoire de l'accusé dans une procédure subséquente, mais il empêche plutôt le ministère public d'employer le témoignage en vue d'incriminer l'accusé.

a Le paragraphe 5(2) de la Loi et l'art. 13 de la *Charte* offrent pratiquement la même protection. Ni l'un ni l'autre n'empêchent le ministère public d'employer le témoignage en contre-interrogatoire, dans une procédure subséquente, en vue d'attaquer la crédibilité du témoin.
b La différence entre ces dispositions est que, contrairement à l'art. 13, le par. 5(2) nécessite qu'une objection soit formulée lors des premières procédures.

Une question constitutionnelle ne peut être formulée que lorsqu'est contestée la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement ou son caractère opérant. Il n'était pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles formulées en l'espèce parce que le présent pourvoi découle de la conduite du ministère public en contre-interrogatoire de l'accusé et non d'une question portant sur la constitutionnalité d'une disposition législative.

Les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): Le pourvoi est rejeté pour les motifs prononcés par la Cour d'appel.

e Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 2 R.C.S. 1110; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272; **arrêts examinés:** *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350; *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1; *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118; *R. v. Langille* (1986), 176 A.P.R. 262; *R. v. B.(W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12; *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 13.
Code Criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 233(2).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5), art. 5(1), (2), 10.
j *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, art. 32 [mod. DORS/84-821, art. 1].

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 24 O.A.C. 393, 40 C.C.C. (3d) 11, 62 C.R. (3d) 336, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre le jugement du juge Weiler de la Cour de district (1986), 17 W.C.B. 91, 9 C.R.D. 875-02, [1986] Ont. D. Crim. Conv. 5405-02, qui

respondent's appeal from a conviction by Drukarsh Prov. Ct. J. on a charge of failing to remain at the scene of an accident. Appeal allowed, Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting.

Michael F. Brown, for the appellant.

Paul Slansky, for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

Balfour Der, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

LAMER C.J.—The present appeal is concerned with the right of the Crown to cross-examine an accused at a new trial on testimony given at a former trial on the same information. More specifically, the Court is asked to determine if, under s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, a prior inconsistent statement made by an accused may be used by the Crown in cross-examination of the accused on retrial in order to undermine his or her credibility. The resolution of this question will, however, be applicable whether the prior testimony was given at an individual's own trial or whether it was given at some other prior proceedings. Section 13 reads as follows:

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

The Facts

The respondent, Shamanand Kuldip, was charged with failure to stop at the scene of an accident contrary to s. 233(2) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. On February 27, 1984, he was tried and convicted of this offence, but that conviction was quashed and a new trial ordered by the County Court of the Judicial Dis-

a rejeté l'appel de l'intimé qui avait été déclaré coupable par le juge Drukarsh de la Cour provinciale d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident. Pourvoi accueilli, les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents.

Michael F. Brown, pour l'appelante.

Paul Slansky, pour l'intimé.

b *S. R. Fainstein, c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Balfour Der, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

c Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Gonthier et McLachlin rendu par

d LE JUGE EN CHEF LAMER—Le présent pourvoi porte sur le droit du ministère public de contre-interroger un accusé lors d'un nouveau procès, sur un témoignage rendu au cours d'un procès antérieur portant sur la même dénonciation. Plus précisément, on demande à la Cour de déterminer si, en vertu de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le ministère public peut utiliser une déclaration antérieure incompatible faite par l'accusé, en vue d'attaquer sa crédibilité au cours de son contre-interrogatoire dans le cadre du nouveau procès. Mais la réponse apportée à cette question vaudra aussi bien pour le témoignage antérieur rendu au cours du procès de la personne en cause que pour celui qui a été rendu dans le cadre d'autres procédures antérieures. Voici le texte de l'art. 13:

13. Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

Les faits

i L'intimé, Shamanand Kuldip, a été accusé d'avoir omis de s'arrêter lors d'un accident, en contravention avec le par. 233(2) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Le 27 février 1984, il a subi son procès et a été déclaré coupable de cette infraction; cette déclaration a été annulée par la Cour de comté du district judiciaire de York qui a

trict of York on December 5, 1984. On retrial before Drukarsh Prov. Ct. J. of the Provincial Court of Ontario, the respondent was again convicted. He appealed his conviction to the Summary Conviction Appeal Court. Weiler Dist. Ct. J. of the District Court of Ontario dismissed the appeal. The respondent then appealed to the Ontario Court of Appeal. The Court of Appeal allowed the appeal, quashed the conviction and entered a verdict of acquittal on the grounds that the cross-examination of the respondent, using his testimony at his first trial to impeach his credibility at his second trial, violated s. 13 of the *Charter*: (1988), 40 C.C.C. (3d) 11.

At both his first and second trial, the respondent testified to the effect that, following the car accident in which he was involved on February 6, 1983, he went to 42 Division of the Metropolitan Toronto Police and reported what had occurred. He also gave evidence at both trials that he went back to 42 Division again on March 2, 1983, in order to attempt to ascertain the name of the officer who had taken the original report on February 6, 1983. As regards this second visit to 42 Division, Kuldip gave the following evidence at his first trial:

Question

Can you tell us about when that was, when you went back to 42 Division?

Answer

I went back to 42 Division March 2nd. It was – I can give you a time, it was about twelve o'clock. We left there at 2:08. Okay. We reached the police station and I spoke to an officer, P.C. Brown and he told me that the officer who probably took the statement was either McNichol or Gibson and he remembers me coming in there and giving the statement because he saw me coming in there kind of shaken up when I walked in.

Question

Are you saying this P.C. Brown you'd been speaking to on the second occasion was also there on the first occasion?

ordonné la tenue d'un nouveau procès le 5 décembre 1984. L'intimé a été reconnu coupable une seconde fois lors du nouveau procès tenu devant le juge Drukarsh de la Cour provinciale de l'Ontario. Il en a appelé de cette déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel des poursuites sommaires. Le juge Weiler de la Cour de district de l'Ontario a rejeté l'appel. L'intimé a ensuite interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario. La Cour d'appel a accueilli le pourvoi, annulé la déclaration de culpabilité et prononcé un verdict d'acquittement pour le motif que le contre-interrogatoire de l'intimé, faisant appel au témoignage rendu à son premier procès pour attaquer sa crédibilité lors du second procès, contrevenait à l'art. 13 de la *Charte*: (1988), 40 C.C.C. (3d) 11.

Tant au premier qu'au second procès, l'intimé a témoigné qu'à la suite de l'accident d'automobile le mettant en cause, le 6 février 1983, il est allé à la division 42 de la police de la Communauté urbaine de Toronto et y a relaté ce qui s'était passé. Il a également déclaré aux deux procès qu'il était retourné à la division 42, le 2 mars 1983, afin d'obtenir le nom de l'agent qui avait rédigé le premier rapport le 6 février 1983. Voici ce que Kuldip a déclaré au premier procès, au sujet de sa seconde visite à la division 42:

[TRADUCTION] Question

Pouvez-vous nous dire vers quelle date vous êtes retourné à la division 42?

Réponse

Je suis retourné à la division 42 le 2 mars. C'était – je peux vous dire à quelle heure, c'était vers midi. Nous sommes repartis à 2 h 08. Donc, nous sommes arrivés au poste de police et j'ai parlé à un agent, P.C. Brown, et il m'a dit que l'agent qui avait probablement consigné ma déclaration était McNichol ou Gibson et il se souvient de m'avoir vu entrer et faire la déclaration parce qu'il a vu que j'étais plutôt secoué quand je suis arrivé.

Question

Êtes-vous en train de dire que ce P.C. Brown à qui vous avez parlé la deuxième fois était là aussi la première fois?

Answer

Yes, but he did not take the statement. He didn't take any statements. He just remembers me coming in there, because my father was with me.

At the second trial, the respondent testified that about an hour prior to giving testimony at his second trial, he discovered that Constable Brown was not on duty on February 6, 1983. He was then asked the following question by his counsel:

Question

Did you ever think that P.C. Brown might have been one of the officers that you dealt with on February the 6th, in other words, the day of the incident . . . ?

Answer

I thought so. To me he looked familiar and – However, I found out he wasn't even on duty that day and time, so it cannot be him.

At the second trial, Constable P.C. Brown testified that he did not work on February 6, 1983. The Crown cross-examined the respondent on the inconsistencies in his evidence between the first and second trials concerning the presence of Constable P.C. Brown at the 42 Division on the aforementioned date. After reading to the respondent the testimony he gave at his first trial, the Crown proceeded to cross-examine the respondent as follows:

Question

Do you recall being asked those questions and giving those answers?

Answer

It certainly is familiar. So, I would have to say yes, if it's on the transcript.

Question

Were you trying to tell the truth on the last occasion?

Answer

I was. I certainly, by no means, meant to lie.

Question

Can you explain, sir, how you not only recall that P.C. Brown was present on the 6th of February, but that he actually remembered you, according to your evidence, when you returned on the 2nd of May [*sic*] . . .

Réponse

Oui, mais il n'a pas consigné la déclaration. Il n'a consigné aucune déclaration. Il se souvient tout simplement de m'avoir vu entrer, parce que mon père a m'accompagnait.

Lors du second procès, l'intimé a déclaré qu'environ une heure avant de témoigner à son second procès, il a appris que l'agent Brown n'était pas en fonction le 6 février 1983. Son procureur lui a alors posé la question suivante:

[TRADUCTION] Question

Avez-vous déjà pensé que P.C. Brown avait pu être l'un des agents à qui vous vous êtes adressé le 6 février, en d'autres mots, le jour de l'incident?

Réponse

Je le croyais. Il me semblait familier, cependant j'ai appris qu'il n'était même pas de service ce jour-là, à cette heure-là, ce ne peut donc pas être lui.

Au cours du second procès, l'agent P.C. Brown a témoigné qu'il n'avait pas travaillé le 6 février 1983. Le ministère public a contre-interrogé l'intimé au sujet des déclarations incompatibles que contenaient ses témoignages au premier et au second procès, relativement à la présence de l'agent P.C. Brown à la division 42, à la date susmentionnée. Après avoir lu à l'intimé le témoignage rendu lors de son premier procès, le ministère public a ensuite contre-interrogé l'intimé:

[TRADUCTION] Question

Vous souvenez-vous qu'on vous a posé ces questions et que vous avez donné ces réponses?

Réponse

Cela me dit certainement quelque chose. Je devrais donc répondre oui, si cela figure à la transcription.

Question

La dernière fois, tentiez-vous de dire la vérité?

Réponse

Oui. Je n'avais aucunement l'intention de mentir, c'est certain.

Question

Pouvez-vous expliquer, monsieur, comment il se fait que non seulement vous vous rappelez que P.C. Brown était présent le 6 février, mais qu'il se souvenait même de vous, d'après votre témoignage, lorsque vous êtes retourné le 2 mai (*sic*) . . .

Answer

Well, if I said that, that's what the officer said the day that I visited him.

Question

I see. I take it from that answer that it was the officer who was initially confused and his confusion confused you? Is that right?

Answer

Sorry, I don't understand.

Question

Well, you say – you say you must have said that because the officer told you he remembered you?

Answer

Of course.

Question

Of course he couldn't have remembered you, sir, if it was the 6th of February that you came into the station on the first place, is that right, because he didn't work on the 6th, did he?

Answer

That's right.

Question

You just found that out today, right?

Answer

Right.

Hence, the respondent's prior testimony was being used by the Crown to suggest, in effect, that he changed the evidence he gave at his first trial that P.C. Brown was present when he reported the occurrence on February 6, 1983, because he had learned at the subsequent trial that P.C. Brown was not on duty that day. In doing so, the Crown obviously sought to undermine the respondent's credibility in respect of the fact that he had allegedly reported the incident immediately.

Judgments Below*Provincial Court of Ontario*

Drukarsh Prov. Ct. J., at the conclusion of the second trial, convicted the respondent. He accepted the evidence tendered by the Crown and disbelieved the defence evidence. The respondent

Réponse

Eh bien, je l'ai dit, c'est ce que l'agent a dit le jour où je lui ai rendu visite.

a Question

Je vois. D'après votre réponse, j'en conclus que c'est l'agent qui s'était embrouillé au départ et que sa confusion vous a embrouillé? Est-ce exact?

b Réponse

Je m'excuse, je ne comprends pas.

c Question

Bon, vous dites – vous affirmez que vous avez dû dire cela parce que l'agent vous a dit qu'il se souvenait de vous?

d Réponse

Bien sûr.

e Question

Évidemment, il ne pouvait pas se souvenir de vous, monsieur, si vous êtes allé au poste le 6 février la première fois, n'est-ce pas, puisqu'il ne travaillait pas le 6?

f Réponse

C'est exact.

g Question

Vous venez de l'apprendre aujourd'hui, n'est-ce pas?

h Réponse

C'est exact.

Le ministère public utilisait donc le témoignage antérieur de l'intimé pour suggérer que, de fait, il avait changé le témoignage qu'il avait rendu lors du premier procès, selon lequel P.C. Brown était présent lorsqu'il a signalé l'incident le 6 février 1983, parce qu'il avait appris au procès subséquent que P.C. Brown ne travaillait pas ce jour-là. Ce faisant, le ministère public tentait de toute évidence d'attaquer la crédibilité de l'intimé relativement au fait qu'il avait prétendument signalé l'incident tout de suite.

i Les jugements des tribunaux d'instance inférieure*Cour provinciale de l'Ontario*

À l'issue du second procès, le juge Drukarsh a reconnu l'intimé coupable. Il a accepté la preuve soumise par le ministère public et rejeté la preuve de la défense. L'intimé en a appelé de sa déclara-

appealed his conviction to the Summary Conviction Appeal Court on the grounds that the trial judge erred in permitting Crown counsel to cross-examine the appellant on evidence given by him at a previous trial.

District Court of Ontario

Weiler Dist. Ct. J. held that the Crown was entitled at the second trial to cross-examine the respondent as to credibility by putting to him prior contradictory statements made at his previous trial. In this respect, she stated:

I am of the opinion that a distinction must be drawn between evidence used to incriminate and prior statements being used to test credibility. Otherwise, the result would be that the accused would be the only witness who could insulate his first story from exposure at a subsequent trial.

She observed that at the retrial, counsel for the respondent had made extensive use of the evidence given by Crown witnesses at the first trial in cross-examination of the same Crown witnesses. In her opinion, to bestow upon an accused who chooses to testify immunity from being exposed to a similar test of his credibility "goes against the grain of common sense". Weiler Dist. Ct. J. added that to preclude the cross-examination of an accused on his prior statements on the basis of s. 13 of the *Charter* would mean that s. 10 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10 (now R.S.C., 1985, c. C-5), "had been silently and judicially repealed".

Ontario Court of Appeal (Howland C.J.O., Martin and Grange J.J.A.)

Writing for the court, Martin J.A. commenced his analysis by reviewing this Court's judgment in *R. v. Mannion*, [1986] 2 S.C.R. 272. Having done so, he rejected the appellant's attempt to distinguish *Mannion* from the case at bar on the basis that the use of prior inconsistent statements solely to impeach credibility did not "incriminate" the respondent under s. 13. In reaching this conclusion, the court considered the status of the right to

tion de culpabilité devant la Cour d'appel des poursuites sommaires au motif que le juge du procès avait commis une erreur de droit en permettant au substitut du procureur général de le contre-interroger au sujet du témoignage qu'il avait rendu lors d'un procès antérieur.

Cour de district de l'Ontario

Le juge Weiler a statué que le ministère public pouvait contre-interroger l'intimé quant à sa crédibilité, au cours du second procès, en lui soumettant des déclarations antérieures incompatibles qu'il avait faites lors de son premier procès. À ce sujet, elle a affirmé:

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il faut faire une distinction entre le témoignage utilisé pour incriminer quelqu'un et les déclarations antérieures employées pour attaquer sa crédibilité. Sinon, l'accusé serait le seul témoin qui puisse protéger sa première version des faits contre toute attaque lors d'un procès subséquent.

Elle a souligné qu'au nouveau procès, l'avocat de l'intimé avait amplement fait appel aux témoignages rendus au premier procès par les témoins du ministère public, dans le cadre du contre-interrogatoire de ces mêmes témoins. À son avis, il serait [TRADUCTION] «contraire au bon sens» d'accorder à l'accusé qui choisit de témoigner le privilège de ne pas voir sa crédibilité attaquée de la même façon. Le juge Weiler a ajouté que s'il fallait interdire que le contre-interrogatoire d'un accusé porte sur ses déclarations antérieures en se fondant sur l'art. 13 de la *Charte*, cela signifierait que l'art. 10 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-5) [TRADUCTION] «a été abrogé tacitement par les tribunaux».

Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Howland et les juges Martin et Grange)

Le juge Martin a rendu la décision au nom de la cour. Il a commencé par étudier l'arrêt de notre Cour *R. c. Mannion*, [1986] 2 R.C.S. 272. Il a ensuite rejeté l'argument de l'appelante qui tentait de faire une distinction entre l'arrêt *Mannion* et l'espèce pour le motif que l'emploi de déclarations antérieures incompatibles dans le seul but d'attaquer leur crédibilité n'a pas pour effet «d'incriminer» l'intimé au sens de l'art. 13. Pour en arriver à

cross-examine an accused on his testimony in a prior judicial proceeding before the advent of the *Charter*.

The court observed that evidence given under oath by an accused in a prior judicial proceeding was receivable against him or her in a subsequent criminal trial unless, in the prior proceeding, the accused had invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. Sections 5(1) and 5(2) read as follows:

5. (1) No witness shall be excused from answering any question upon the ground that the answer to such question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer upon the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering such question, then although the witness is by reason of this Act, or by reason of such provincial Act, compelled to answer, the answer so given shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of such evidence.

By signifying an objection at the beginning of his or her testimony at the initial proceeding, the accused could trigger the protection offered by s. 5(2).

Having done so, the witness was protected from having the previous evidence used against him/her in a subsequent criminal proceeding. The pre-*Charter* jurisprudence does not address the issue of a distinction between the use of prior evidence on cross-examination for purposes of incrimination versus impeaching credibility and Martin J.A. inferred that no distinction was intended. He stated (at p. 21):

Section 5(2) imposed a blanket prohibition against the use of the accused's prior evidence on cross-examination either for the purpose of incriminating him directly or for the purpose of impeaching his credibility.

cette conclusion, la cour a examiné le droit de contre-interroger un accusé sur son témoignage dans une procédure judiciaire antérieure, avant l'adoption de la *Charte*.

La cour a souligné que le témoignage fait sous serment par un accusé au cours d'une procédure judiciaire antérieure est admissible en preuve contre lui dans une instruction pénale ultérieure, à moins que l'accusé n'ait invoqué le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* lors de la procédure antérieure. Voici le texte des par. 5(1) et 5(2):

5. (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

(2) Lorsque, relativement à quelque question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi, ou sans la loi de quelque législature provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale, forcé de répondre, sa réponse ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite, hors le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage.

L'accusé pouvait déclencher la protection que lui confère le par. 5(2) en formulant une objection au début de son témoignage dans la première procédure.

De la sorte, le témoin s'assurait que son témoignage antérieur ne serait pas employé contre lui lors d'une procédure pénale subséquente. La jurisprudence antérieure à l'adoption de la *Charte* n'aborde pas la question d'une distinction à faire entre l'emploi d'un témoignage antérieur en contre-interrogatoire en vue d'incriminer le témoin et l'emploi qui vise à attaquer sa crédibilité et le juge Martin a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'en voir une. Il a affirmé ce qui suit (à la p. 21):

[TRADUCTION] Le paragraphe 5(2) prévoit une interdiction générale contre l'emploi du témoignage antérieur de l'accusé en contre-interrogatoire, que ce soit en vue de l'incriminer directement ou d'attaquer sa crédibilité.

The court noted that under the *Canada Evidence Act* there was no obligation upon the court, tribunal or judicial officer, before whom evidence was given on the first occasion, to advise the witness of the right to invoke the protection of s. 5(2) of the Act. Despite complaints regarding the unfairness of this situation, no obligation was legislated or inferred from the existing statute. It was the opinion of the court that one of the purposes of s. 13 of the *Charter* was to redress this unfairness. Section 13 would extend the protection of s. 5(2) to all witnesses, regardless of whether an objection was made in the earlier proceedings.

Martin J.A. did not read the judgment of this Court in *Mannion* as limiting the application of s. 13 to situations where the prior evidence is used to incriminate the accused as opposed to impeach his or her credibility. In this respect, he remarked as follows (at pp. 22-23):

If the effect of s. 13 of the *Charter* were so restricted, the unfairness or inequality that s. 13 of the *Charter* was designed to remove would be perpetuated: the sophisticated witness who objected to answering under s. 5(2) would be afforded protection against the subsequent use of his evidence not only to incriminate him directly, but also to attack his credibility, whereas the unsophisticated witness who failed to object because he was unaware of the protection afforded by s. 5(2) would not be protected by s. 13 of the *Charter* against the subsequent use of his evidence to attack his credibility. Section 5 of the *Canada Evidence Act*, of course, remains in force.

The court also commented that to the extent that impeaching the credibility of the accused assists the Crown in its case, it may be "difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility" (p. 23).

Relying on passages from McIntyre J.'s judgment in *Mannion*, Martin J.A. concluded that the statutory protection provided under s. 5(2) could not be broader than that accorded by s. 13 of the *Charter*. He interpreted McIntyre J. in *Mannion* to mean that if the answers of an accused who has invoked s. 5(2) are not admissible against him for

La cour a constaté qu'en vertu de la *Loi sur la preuve au Canada*, la cour, le tribunal ou le fonctionnaire judiciaire devant lequel le témoignage est rendu la première fois n'est pas tenu d'informer le témoin de son droit à la protection du par. 5(2) de la Loi. Malgré les plaintes concernant l'injustice de cette situation, la loi actuelle n'a prévu aucune obligation en ce sens, que ce soit de façon expresse ou tacite. La cour a estimé que l'adoption de l'art. 13 de la *Charte* avait pour but notamment de remédier à cette injustice. L'article 13 accorderait la même protection que le par. 5(2) à tous les témoins, qu'ils aient ou non formulé une objection lors des procédures antérieures.

Le juge Martin n'a pas vu l'arrêt *Mannion* de notre Cour comme restreignant l'application de l'art. 13 aux cas où les témoignages antérieurs sont employés pour incriminer l'accusé et non pour attaquer sa crédibilité. À ce sujet, il a fait les remarques suivantes (aux pp. 22 et 23):

[TRADUCTION] Si l'effet de l'art. 13 de la *Charte* était restreint de la sorte, l'injustice à laquelle l'art. 13 de la *Charte* devait remédier serait perpétuée: le témoin averti qui s'opposerait aux questions en vertu du par. 5(2) serait protégé contre l'emploi subséquent de son témoignage, non seulement pour l'incriminer directement mais également pour attaquer sa crédibilité, tandis que le témoin non averti, qui ne s'est pas opposé parce qu'il ignorait la protection que lui accordait le par. 5(2), ne serait pas protégé en vertu de l'art. 13 de la *Charte* contre l'emploi subséquent de ce témoignage en vue d'attaquer sa crédibilité. De toute évidence, l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* demeure en vigueur.

La cour a ajouté que dans la mesure où le ministère public trouve son intérêt à attaquer la crédibilité de l'accusé, il peut être [TRADUCTION] «difficile de faire une distinction nette entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le contre-interrogatoire ayant pour but d'attaquer sa crédibilité» (p. 23).

Le juge Martin s'est fondé sur certains passages des motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Mannion* pour conclure que la protection conférée par le par. 5(2) ne pouvait être plus étendue que celle qu'accorde l'art. 13 de la *Charte*. Il a conclu que l'opinion du juge McIntyre dans l'arrêt *Mannion* signifiait que, si les réponses données par un

any purpose in subsequent proceedings (other than a prosecution for perjury in the giving of such evidence), then the protection bestowed by s. 13 of the *Charter* must also extend that far.

Analysis

Introduction

The present appeal deals with the proper scope to be given to s. 13 of the *Charter* which guarantees the right against self-incrimination. The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on April 27, 1989:

1. Whether the cross-examination of an accused at a new trial on testimony given at a previous trial on the same charge for any purpose infringes or denies the right guaranteed in s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If so, is such cross-examination justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, therefore, not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In essence, these questions are identical to those examined by this Court in *Mannion*. The only difference between *Mannion* and the present appeal lies in the fact that this Court is now asked to examine the purpose of the cross-examination of an accused at a new trial on testimony given at a previous trial. In this respect, the Crown argued that, in the case at hand, the testimony given by Kuldip at his previous trial was not used to "incriminate" him but was solely tendered for the purpose of undermining his credibility. From the Crown's standpoint, s. 13 of the *Charter* does not prevent the use of previous testimony when such use is directed at impeaching the accused's credibility. The respondent argued that s. 13 prevents the use of testimony from a former proceeding, during a subsequent cross-examination, whatever the purpose of the cross-examination. The reasons of Martin J.A., outlined above, indicate that the resolution of this matter raises certain policy issues regarding the interaction of s. 13 of the *Charter* and s. 5(2) of the Act, and will involve the interpretation of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*.

accusé ayant invoqué le par. 5(2) ne sont pas admissibles contre lui, à quelque fin que ce soit, dans des procédures subséquentes (sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage), la protection conférée par l'art. 13 de la *Charte* doit alors avoir la même portée.

Analyse

Introduction

Le présent pourvoi a trait à la portée qu'il faut donner à l'art. 13 de la *Charte* qui garantit le droit à la protection contre l'auto-incrimination. Le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes le 27 avril 1989:

1. Y a-t-il violation ou négation d'un droit garanti par l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'on contre-interroge un accusé, à quelque fin que ce soit, au cours d'un nouveau procès sur un témoignage donné à un procès antérieur visant la même accusation?
2. Dans l'affirmative, ce contre-interrogatoire est-il justifié en fonction de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Ces questions sont essentiellement identiques à celles que la Cour a étudiées dans l'arrêt *Mannion*. L'arrêt *Mannion* et le présent pourvoi ne diffèrent qu'en un seul point: on demande maintenant à la Cour d'examiner l'objet du contre-interrogatoire d'un accusé, au cours d'un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur. À cet égard, le ministère public a prétendu qu'en l'espèce, le témoignage rendu par Kuldip à son procès antérieur n'était pas employé pour l'«incriminer» mais uniquement pour attaquer sa crédibilité. Du point de vue du ministère public, l'art. 13 de la *Charte* n'empêche pas l'emploi d'un témoignage antérieur pour attaquer la crédibilité de l'accusé. L'intimé prétend que l'art. 13 interdit l'emploi d'un témoignage rendu lors d'une procédure antérieure au cours d'un contre-interrogatoire subséquent, indépendamment de l'objet du contre-interrogatoire. Les motifs du juge Martin, résumés ci-dessus, indiquent que la solution de ce problème soulève certaines questions de principe relatives à l'interaction de l'art. 13 de la *Charte* et du par. 5(2) de la Loi, et impliquera l'interprétation du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

In order to assess properly the difficult questions raised in this appeal, I feel it is essential to commence my analysis with a brief review of this Court's recent decisions as regards the right against self-incrimination: *R. v. Dubois*, [1985] 2 S.C.R. 350, and *Mannion*, *supra*.

Decisions of this Court

In *Dubois*, the accused was charged with second degree murder. At his trial, he voluntarily took the stand and admitted that he had committed the murder, alleging certain circumstances of justification. He was convicted but successfully appealed the conviction to the Alberta Court of Appeal and was granted a new trial on grounds of misdirection to the jury. At the new trial, Dubois did not testify but the Crown sought to adduce the testimony he had given at his first trial as part of its case. Both the trial judge and the Alberta Court of Appeal concluded that such use of previous testimony was not precluded by s. 13 of the *Charter*. A majority of this Court, however, reversed this position. The purpose underlying s. 13 was stated in the following terms (at p. 358):

Hence, the purpose of s. 13, when the section is viewed in the context of s. 11(c) and (d), is to protect individuals from being indirectly compelled to incriminate themselves, to ensure that the Crown will not be able to do indirectly that which s. 11(c) prohibits. It guarantees the right not to have a person's previous testimony used to incriminate him or her in other proceedings.

Taking a purposive approach to s. 13, this Court concluded that a new trial on the same charge constitutes "any other proceedings" within the meaning of the section. This Court held that the protection of s. 13 inures to an individual at the moment an attempt is made to utilize the previous testimony to incriminate its author. Because the Crown had tendered the previous testimony as part of its case, the previous testimony was used to incriminate Dubois in another proceeding and thus his s. 13 rights had been violated. Thus, *Dubois* stands for the proposition, and only for the proposition, that a new trial on the same charge constitutes another proceeding for the purpose of s. 13, that the benefit of s. 13 inures to the benefit of an

Afin de bien évaluer les questions difficiles que soulève le présent pourvoi, il me semble indispensable de commencer par un bref examen des arrêts récents de notre Cour relativement au droit à la protection contre l'auto-incrimination: *R. c. Dubois*, [1985] 2 R.C.S. 350, et *Mannion*, précité.

Les arrêts de notre Cour

Dans l'affaire *Dubois*, l'accusé était inculpé de meurtre au deuxième degré. À son procès, il a volontairement témoigné et admis qu'il avait commis le meurtre, alléguant certaines circonstances justificatives. Il a été déclaré coupable mais a interjeté appel avec succès de cette déclaration devant la Cour d'appel de l'Alberta; il a obtenu un nouveau procès en raison de directives erronées au jury. Au nouveau procès, M. Dubois n'a pas témoigné, mais le ministère public a voulu déposer en preuve le témoignage rendu au premier procès. Tant le juge du procès que la Cour d'appel de l'Alberta ont conclu que l'art. 13 de la *Charte* n'interdisait pas ce genre de recours à un témoignage antérieur. Cependant, notre Cour a renversé cette décision à la majorité. L'objet de l'art. 13 a été décrit de la façon suivante (à la p. 358):

Par conséquent, l'objet de l'art. 13, lorsqu'il est interprété dans le contexte des al. 11c) et d), est de protéger les individus contre l'obligation indirecte de s'incriminer, pour veiller à ce que la poursuite ne soit pas en mesure de faire indirectement ce que l'al. 11c) interdit. Cet article garantit le droit de ne pas voir le témoignage antérieur d'une personne utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures.

Notre Cour a opté pour une analyse fonctionnelle de l'art. 13 et a conclu qu'un nouveau procès portant sur la même infraction constitue une «autre procédure» au sens de cet article. La Cour a statué que la protection prévue à l'art. 13 s'étend à la personne au moment où l'on tente d'employer son témoignage antérieur pour l'incriminer. Puisque le ministère public avait présenté le témoignage antérieur dans le cadre de sa preuve, ce témoignage avait été utilisé pour incriminer M. Dubois dans une autre procédure, en violation, par conséquent, de ses droits garantis par l'art. 13. L'arrêt *Dubois* signifie donc seulement qu'un nouveau procès portant sur la même accusation constitue une autre procédure au sens de l'art. 13, que

accused at the time an attempt is made to utilize the previous testimony for the purpose of incrimination, and that evidence tendered by the Crown as part of its case is incriminating. The issue pertaining to the use of testimony given at a previous trial on cross-examination was, however, left unresolved (at pp. 364-65):

Since in this case, the Crown is tendering the evidence as part of its case, which clearly comes within the meaning of "used to incriminate", we need not here address the question of whether those words include resort to the previous testimony for the purpose of cross-examining the accused, were the latter to choose to take the stand again in his or her own defence.

This question was answered to some extent in *Mannion*.

Mannion was charged with rape. At his initial trial on this charge, he testified to the effect that he had been contacted by an investigating officer who had told him that he wanted to see him concerning a rape. He was convicted but this conviction was eventually quashed by the Alberta Court of Appeal which ordered a retrial. Upon this new trial, Mannion again chose to testify. When doing so, he mentioned that he had been called by the investigating officer but gave no specific reason for this call. As Mannion had left Edmonton, the scene of the rape for which he was charged, for Vancouver soon after having been called by the officer, the Crown sought to use Mannion's initial testimony on cross-examination in an effort to demonstrate that Mannion's departure for Vancouver was prompted by his knowledge of the rape investigation, thereby establishing the guilty conscience of the accused. In a unanimous judgment (*per* McIntyre J.), such use of Mannion's previous testimony was found to contravene s. 13 of the *Charter*. The essence of the decision is contained in this passage, at pp. 279-80:

Mannion was a witness who testified at the earlier proceeding. His testimony in that earlier proceeding, while not introduced by the Crown in its case in chief, was brought in on cross-examination. In my view, it was used to incriminate him. The Crown adduced evidence

l'accusé peut bénéficier de la protection de l'art. 13 à partir du moment où on tente d'utiliser son témoignage antérieur afin de l'incriminer et que le témoignage présenté par le ministère public dans le cadre de sa preuve principale est incriminant. La question de l'emploi en contre-interrogatoire du témoignage rendu lors d'un procès antérieur n'a toutefois pas été résolue (à la p. 365):

Puisqu'en l'espèce la poursuite présente le témoignage dans le cadre de sa preuve principale, laquelle est manifestement visée par l'expression «utilisé pour l'incriminer», nous n'avons pas à nous prononcer sur la question de savoir si ces termes font référence à l'utilisation du témoignage antérieur dans le but de contre-interroger l'accusé, si ce dernier choisissait de témoigner pour sa propre défense.

L'arrêt *Mannion* a répondu en partie à cette question.

Mannion avait été accusé de viol. À son premier procès portant sur cette accusation, il avait témoigné que l'agent chargé de l'enquête l'avait rejoint pour lui dire qu'il désirait le rencontrer au sujet d'un viol. Il avait été déclaré coupable, mais cette déclaration avait été infirmée par la suite par la Cour d'appel de l'Alberta qui avait ordonné la tenue d'un nouveau procès. Lors du nouveau procès, Mannion avait de nouveau choisi de témoigner. Il avait alors mentionné que l'agent chargé de l'enquête l'avait appelé, sans préciser les motifs de cet appel. Puisque Mannion avait quitté Edmonton, scène du viol dont il était accusé, pour se rendre à Vancouver peu après l'appel de l'agent, le ministère public avait tenté d'utiliser le premier témoignage de Mannion, en contre-interrogatoire, afin de démontrer qu'il avait décidé de se rendre à Vancouver parce qu'il avait appris l'existence d'une enquête sur le viol, ce qui établissait le sentiment de culpabilité de l'accusé. Dans une décision unanime rédigée par le juge McIntyre, la Cour a conclu que pareille utilisation du témoignage antérieur de M. Mannion serait contraire à l'art. 13 de la *Charte*. L'essentiel de la décision figure dans ce passage, aux pp. 279 et 280:

Mannion était un témoin qui avait déposé au cours du procès antérieur. Son témoignage à ce procès antérieur, bien qu'il n'ait pas été produit par le ministère public dans sa preuve principale, a été introduit lors du contre-interrogatoire. À mon avis, on l'a utilisé pour l'incrimi-

at both trials that, prior to the arrest of the respondent at Hinton on his way to Vancouver, no police officer had communicated to him that they were investigating his involvement in a rape. Mannion had mentioned that he knew a rape was involved in his earlier trial and this fact was put to him in cross-examination in the second. The Crown argued in each trial that Mannion knew that a rape was involved before the police told him and that his precipitate flight from Edmonton when he became aware that the police wanted to see him displayed a consciousness of guilt. It is clear then that the purpose of the cross-examination, which revealed the inconsistent statements, was to incriminate the respondent. This evidence was relied upon by the Crown to establish the guilt of the accused. It is therefore my view that s. 13 of the Charter clearly applies to exclude the incriminating use of the evidence of these contradictory statements. [Emphasis added.]

Thus, in *Mannion* this Court partially answered the question left open by its judgment in *Dubois*: the use of previous testimony in a subsequent trial during cross-examination, for the purpose of establishing consciousness of guilt, violates the right against self-incrimination guaranteed by s. 13 of the *Charter*. The question left open by *Mannion* to be decided in this case is whether previous testimony may be used during cross-examination in a subsequent proceeding for some other purpose, namely: for the purpose of challenging the credibility of the witness.

Various other courts before and after *Mannion* have considered this question of whether cross-examination on prior inconsistent statements for purposes of destroying credibility constitutes incrimination under s. 13. I now turn to these decisions.

Decisions of Other Courts

In *R. v. Langille* (1986), 176 A.P.R. 262 (N.S.C.A.), a bankrupt made an affidavit in a bankruptcy proceeding and then objected to being cross-examined on the affidavit in the course of his trial for alleged bankruptcy offences. The Nova Scotia Court of Appeal distinguished between the

ner. Le ministère public a présenté des éléments de preuve au cours des deux procès selon lesquels, avant l'arrestation de l'intimé à Hinton alors qu'il était en route pour Vancouver, aucun agent de police ne lui avait fait part qu'il menait une enquête sur son implication dans un viol. Mannion avait mentionné lors de son premier procès qu'il savait qu'il était question d'un viol et ce fait lui a été présenté en contre-interrogatoire lors du second procès. Le ministère public a soutenu dans chaque procès que Mannion savait qu'il était question d'un viol avant que la police ne le lui ait dit et que son départ précipité d'Edmonton lorsqu'il a appris que la police voulait le voir révélait un sentiment de culpabilité. Il est alors évident que le but du contre-interrogatoire, qui a révélé les déclarations incompatibles, était d'incriminer l'intimé. Le ministère public s'est fondé sur ce témoignage pour établir la culpabilité de l'accusé. Par conséquent, je suis d'avis que l'art. 13 de la *Charte* s'applique clairement de manière à exclure l'usage incriminant de la preuve de ces déclarations contradictoires. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Mannion*, la Cour a donc répondu en partie à la question laissée sans réponse dans l'arrêt *Dubois*: l'emploi d'un témoignage antérieur dans un procès subséquent, lors du contre-interrogatoire visant à faire la preuve d'un sentiment de culpabilité, est contraire au droit à la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 13 de la *Charte*. À la suite de l'arrêt *Mannion*, il reste une question à trancher en l'espèce, savoir si un témoignage antérieur peut être utilisé en contre-interrogatoire dans une procédure subséquente, à d'autres fins, c'est-à-dire pour attaquer la crédibilité du témoin.

Divers tribunaux se sont prononcés, tant avant qu'après l'arrêt *Mannion*, sur la question de savoir si un contre-interrogatoire portant sur des déclarations antérieures incompatibles, afin de détruire la crédibilité de quelqu'un, constitue une incrimination en vertu de l'art. 13. Je me propose d'examiner ces décisions.

Les décisions d'autres tribunaux

Dans *R. v. Langille* (1986), 176 A.P.R. 262 (C.A.N.-É.), un failli avait produit un affidavit dans une procédure de faillite, puis s'était opposé à son contre-interrogatoire sur l'affidavit, au cours de son procès pour des infractions alléguées relatives à sa faillite. La Cour d'appel de la Nouvelle-

tendering of evidence for the purpose of incrimination versus discrediting the accused. After reviewing a number of judgments, including *Dubois*, the court concluded (at p. 269):

Applying the reasoning in *Dubois*, it is my respectful opinion that there was no violation of s. 13 when the Crown cross-examined the appellant [Langille] upon his affidavit, even if the affidavit could equate the applicable words of s. 13. To prevent such cross-examination would be to invite witnesses to tell one story at one time with the full knowledge that the story could be changed with impunity in another proceeding, subject only to "a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence".

In *R. v. B.(W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12, the Saskatchewan Court of Appeal considered the use of an affidavit signed by an accused in Unified Family Court during cross-examination on a criminal charge of sexual abuse. Vancise J.A. distinguished incriminating evidence from discrediting evidence (at pp. 22-23):

In our opinion, it is only when answers are used to "incriminate" or have the effect of self-incrimination, that s. 13 comes into play. In the situation where the prior inconsistent statement is being used to discredit or to lessen the credibility that should be given to his present testimony, s. 13 should not apply. In our opinion, "discredit" cannot be interpreted as "incriminate".

Such use of a previous statement does not violate the purpose of s. 13 when viewed from the context of s. 11(c) and (d), which is to prevent the accused from being indirectly compelled to incriminate himself. Its purpose is not to insulate the accused from exposure where he has related inconsistent and conflicting evidence, or to protect him from being exposed to a test of credibility.

Vancise J.A. later stated that if the Crown's evidence on cross-examination related to the commission of the offence rather than to the accused's credibility, s. 13 would be engaged and the cross-examination prohibited, because "[t]hat would be an attempt to use the accused's previous answers against him as the basis of his own prosecution" (p. 24).

Écosse a fait une distinction entre la présentation de preuves aux fins d'incrimination et celle qui vise à discréditer l'accusé. Après avoir étudié un certain nombre de décisions judiciaires, y compris l'arrêt *Dubois*, la cour a ainsi conclu (à la p. 269):

[TRADUCTION] Suivant le raisonnement adopté dans l'arrêt *Dubois*, j'estime avec égards que le ministère public n'a pas contrevenu à l'art. 13 en contre-interrogeant l'appellant [Langille] sur son affidavit, même si les termes pertinents de l'art. 13 pourraient s'appliquer à l'affidavit. S'il fallait interdire ce genre de contre-interrogatoire, cela encouragerait les témoins à raconter une version des faits à un moment donné, tout en sachant qu'ils peuvent la changer impunément dans une procédure subséquente, sous seule réserve «de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.»

Dans *R. v. B.(W.D.)* (1987), 38 C.C.C. (3d) 12, la Cour d'appel de la Saskatchewan s'est penchée sur l'emploi d'un affidavit signé par un accusé devant la Cour unifiée de la famille, lors de son contre-interrogatoire portant sur une accusation d'abus sexuel en matière pénale. Le juge Vancise a alors fait la distinction entre un témoignage incriminant et un témoignage discréditant (aux pp. 22 et 23):

[TRADUCTION] À notre avis, ce n'est que lorsque les réponses sont utilisées pour «incriminer» ou constituer de l'auto-incrimination, que l'art. 13 entre en jeu. Lorsque la déclaration antérieure contradictoire est employée pour discréditer ou diminuer la crédibilité de son témoignage actuel, l'art. 13 ne devrait pas être applicable. À notre avis, «discréditer» ne signifie pas «incriminer».

Pareille utilisation d'une déclaration antérieure ne contrevient pas à l'objet de l'art. 13, compte tenu des al. 11(c) et (d), qui visent à empêcher l'accusé d'être indirectement obligé de s'incriminer. Il n'a pas pour but de protéger l'accusé qui a fait des témoignages incompatibles et contradictoires, ou de le mettre à l'abri d'une attaque portée contre sa crédibilité.

Le juge Vancise a ajouté que si la preuve du ministère public, en contre-interrogatoire, portait sur la perpétration de l'infraction plutôt que sur la crédibilité de l'accusé, l'art. 13 serait applicable et le contre-interrogatoire interdit, parce que [TRADUCTION] «[c]e serait tenter d'employer les réponses antérieures d'un accusé comme fondement de la poursuite engagée contre lui (p. 24).

In *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637 (B.C.C.A.), counsel for the Law Society at a discipline hearing attempted to cross-examine the appellant solicitor on his testimony before the registrar for purposes of impugning his credibility. The British Columbia Court of Appeal held that such use of prior statements did not contravene s. 13. The British Columbia Court of Appeal did not consider attacks on credibility to be incriminating. Craig J.A. characterized at p. 652 the use of cross-examination in *Mannion* to prove consciousness of guilt as something “from which a trier of fact may infer that an accused is guilty of the crime charged. It was, therefore, a factor which incriminated him”.

The above cases all argue in favour of a distinction between a cross-examination made for the purpose of impeaching credibility and one made to “incriminate” the accused, that is, to establish guilt. In my view this is an appropriate distinction and is one which is supported by the facts in this case. I agree with the appellant’s view as regards the purpose for which the respondent’s testimony from the first trial was used. Indeed, by putting to the respondent prior inconsistent statements made at his previous trial, Crown counsel could only seek to impeach the respondent’s credibility in respect of his allegation that he had reported the accident in which he was involved to officer P.C. Brown. The rationale for a distinction based on the purpose for which cross-examination is made was stated most succinctly by Craig J.A. in *Johnstone*, at p. 652:

The submission of Mr. Hall really amounts to a contention that any cross-examination of an accused (or a person in the position of *Johnstone*) on testimony which he gave under oath in a previous proceeding always contravenes s. 13, even if its sole purpose is to reflect on his credibility. Such a conclusion is contrary to the basis upon which we normally assess testimony. We are constantly telling juries that a criminal trial is not a contest between the state and the accused but that, rather, it is a solemn inquiry which is conducted in accordance with certain principles with a view to ascertaining the truth. The major concern of every trier of fact is whether the evidence is credible—or to use Wigmore’s expression, the “trustworthiness” of the evi-

Dans *Johnstone v. Law Society of British Columbia*, [1987] 5 W.W.R. 637 (C.A.C.-B.), l’avocat de la Law Society avait tenté de contre-interroger l’avocat appelant, dans le cadre d’une enquête disciplinaire, au sujet du témoignage qu’il avait fourni devant le greffier, en vue d’attaquer sa crédibilité. La Cour d’appel de la Colombie-Britannique a statué que pareil emploi de déclarations antérieures n’était pas contraire à l’art. 13. La Cour d’appel n’a pas considéré les attaques portées contre la crédibilité comme incriminantes. Le juge Craig a conclu à la p. 652 que l’emploi du contre-interrogatoire pour prouver un sentiment de culpabilité dans l’affaire *Mannion* [TRADUCTION] «pourrait faire conclure au juge des faits que l’accusé est coupable du crime allégué. C’était donc un facteur incriminant».

Toute la jurisprudence susmentionnée justifie une distinction entre le contre-interrogatoire aux fins d’attaquer la crédibilité et celui qui a pour but d’«incriminer» l’accusé, c’est-à-dire d’établir la culpabilité. À mon avis, cette distinction est tout à fait pertinente et motivée par les faits de l’espèce. Je souscris à l’opinion de l’appelante en ce qui a trait au but visé par l’emploi du témoignage rendu par l’intimé à son premier procès. Lorsqu’il a présenté à l’intimé des déclarations antérieures incompatibles faites au premier procès, le substitut du procureur général ne pouvait avoir pour objectif que d’attaquer la crédibilité de l’intimé qui alléguait avoir signalé l’accident à l’agent P.C. Brown. Dans *Johnstone*, le juge Craig résume très bien le fondement de la distinction portant sur l’objet du contre-interrogatoire, à la p. 652:

[TRADUCTION] En réalité, M. Hall prétend que tout contre-interrogatoire d’un accusé (ou d’une personne se trouvant dans la même situation que *Johnstone*) portant sur un témoignage rendu sous serment lors d’une procédure antérieure contrevient à l’art. 13, même s’il a uniquement pour but de porter atteinte à sa crédibilité. Cette conclusion serait contraire aux critères normaux d’évaluation des témoignages. Nous expliquons continuellement aux jurys qu’une instruction pénale n’est pas un concours entre l’État et l’accusé mais plutôt une enquête solennelle tenue selon certains principes, en vue de déterminer la vérité. Le juge des faits se soucie toujours de savoir si le témoignage est crédible ou non —ou, pour reprendre l’expression de Wigmore, de la

dence. Wigmore states that "no safeguard for testing the value of human statements is comparable to that furnished by cross-examination . . ." [citation omitted]. Although the Charter may produce a change in some of what I term traditional views in the law, I doubt that the framers of the Charter ever intended that when a trier of fact is assessing the credibility of a witness he cannot consider his previous testimony on the same subject except when the sole purpose of such examination is to incriminate the witness, as in the *Mannion* case. To hold that *any* cross-examination of an accused (or a person in the position of Johnstone) on previous testimony contravenes s. 13 is an unwarranted extension of the right guaranteed by s. 13.

Using a prior inconsistent statement from a former proceeding during cross-examination in order to impugn the credibility of an accused does not, in my view, incriminate that accused person. The previous statement is not tendered as evidence to establish the proof of its contents, but rather is tendered for the purpose of unveiling a contradiction between what the accused is saying now and what he or she has said on a previous occasion. For example, a situation could arise where A is charged with murder and B gives testimony at A's trial that B was with A in Montréal on the day of the alleged murder committing a bank robbery. B may subsequently become the accused in a trial for robbery and choose to take the stand in his defence. If B then testifies that he was in Ottawa on the day of the alleged robbery, the Crown is entitled to cross-examine B with respect to the discrepancy between his current testimony and his previous testimony. The previous statement is used only to impeach the accused's credibility with respect to his current testimony that he was in Ottawa on the day of the alleged robbery. The previous statement may not be used, however, to establish the truth of its contents; it may not be used to establish that the accused was, in fact, in Montréal on the day of the alleged bank robbery nor can it be used to establish that the accused did, in fact, commit the alleged bank robbery. In the situation just described, it would be incumbent upon the trial judge to give a warning to the jury that it would not be open to it to conclude, on the basis of his previous statement, that the accused was in Montréal on the day of the alleged bank

fiabilité du témoignage. Wigmore affirme que «rien ne vaut le contre-interrogatoire pour évaluer les déclarations d'une personne . . .» [citation omise]. Bien que la Charte puisse entraîner une modification de certains principes du droit que je considère traditionnels, je doute que les rédacteurs de la Charte aient eu l'intention d'empêcher le juge des faits de tenir compte du témoignage antérieur d'un témoin sur le même sujet, pour évaluer sa crédibilité, sauf si cet examen a uniquement pour but d'incriminer le témoin, comme dans l'arrêt *Mannion*. Prétendre que *tout* contre-interrogatoire d'un accusé (ou d'une personne se trouvant dans la situation de Johnstone) sur un témoignage antérieur contrevient à l'art. 13 constituerait une extension injustifiée du droit garanti par l'art. 13.

À mon avis, l'emploi en contre-interrogatoire d'une déclaration antérieure incompatible tirée d'une procédure précédente en vue d'attaquer la crédibilité de l'accusé n'a pas pour effet d'incriminer cet accusé. La déclaration antérieure ne sera pas présentée pour faire la preuve de son contenu, mais bien en vue de révéler une contradiction entre ce que l'accusé affirme maintenant et ce qu'il a dit auparavant. Par exemple, A pourrait être accusé de meurtre et B pourrait témoigner au procès de A que B était à Montréal avec A en train de dévaliser une banque le jour du meurtre allégué. B pourrait ensuite être accusé de vol et choisir de témoigner à sa propre défense. Si B déclare alors qu'il était à Ottawa le jour du vol allégué, le ministère public pourrait contre-interroger B au sujet des différences entre son témoignage actuel et son témoignage antérieur. La déclaration antérieure n'aurait pour but que d'attaquer la crédibilité de l'accusé en ce qui a trait à son témoignage actuel selon lequel il était à Ottawa le jour du vol. Cependant, la déclaration antérieure ne peut être utilisée pour en établir la véracité; elle ne peut servir à démontrer que l'accusé était véritablement à Montréal le jour du vol allégué ni pour établir que l'accusé a réellement commis le vol de banque allégué. Dans cette situation, il incomberait au juge du procès d'avertir le jury qu'il ne peut s'inspirer de la déclaration antérieure pour conclure que l'accusé se trouvait à Montréal le jour du vol de banque ni pour conclure que l'accusé a de fait commis le vol de banque. Il faudrait avertir le jury que ce genre de contre-interrogatoire ne peut le mener qu'à conclure que l'accusé ne disait pas la

robbery nor to conclude that the accused did, in fact, commit the bank robbery. The jury would have to be warned that the only possible conclusion open to it from such cross-examination would be that the accused was not telling the truth when he said that he was in Ottawa on the day of the robbery and that he was not, in fact, in Ottawa on that day. Of course, this in turn might well enable it to conclude, beyond a reasonable doubt, that B was in Montréal committing the robbery; but this conclusion could only be reached as a result of other evidence which will have become uncontradicted evidence as a result of the cross-examination which has impeached the credibility of the accused and thereby caused the jury to disbelieve the accused's current testimony.

This seems an appropriate time at which to mention that I share Martin J.A.'s concern that it is sometimes difficult to draw a clear line between cross-examination on the accused's prior testimony for the purpose of incriminating him and such cross-examination for the purpose of impeaching his credibility. A trial judge will have to be very clear in his or her instructions to the jury when setting out the uses to which previous testimony can be put and the uses to which such testimony must not be put. While such a distinction may be somewhat troublesome to the jury, it is my view that with the benefit of clear instructions from the trial judge the jury will not be unduly burdened with this distinction. These instructions should, in many ways, be reminiscent of those which are routinely given with respect to the use to which an accused's criminal record may be put. A trial necessarily involves evidentiary questions which are sometimes complex in nature. While simplicity in these matters is generally preferable to complexity, the policy reasons underlying the need for a jury to have before it all the relevant information related to the charge (discussed by this Court in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670) clearly outweigh the benefits of simplicity in these circumstances.

An accused has the right to remain silent during his or her trial. However, if an accused chooses to take the stand, that accused is implicitly vouching for his or her credibility. Such an accused, like any

vérité en affirmant qu'il était à Ottawa le jour du vol et que, de fait, il n'était pas à Ottawa ce jour-là. Évidemment, cela peut ensuite lui permettre de conclure, hors de tout doute raisonnable, que B était à Montréal en train de commettre le vol; mais cette conclusion ne pourrait être fondée que sur d'autres éléments de preuve qui deviendraient des éléments de preuve incontestés à la suite du contre-interrogatoire qui a attaqué la crédibilité de l'accusé et ainsi poussé le jury à ne pas croire le témoignage actuel de l'accusé.

Le moment me semble opportun pour souligner que je partage la préoccupation du juge Martin: il est parfois difficile de faire la distinction entre un contre-interrogatoire portant sur le témoignage antérieur de l'accusé en vue de l'incriminer et le même genre de contre-interrogatoire en vue d'attaquer sa crédibilité. Le juge du procès devra donner des directives très claires au jury au moment de décrire ce que ce dernier peut faire et ce qu'il ne doit pas faire d'un témoignage antérieur. Bien que cette distinction puisse être quelque peu difficile pour le jury, j'estime que, si le juge du procès lui présente des directives claires et nettes, le jury ne devrait pas en être trop embarrassé. À bien des égards, ces directives devraient ressembler à celles que l'on donne habituellement au sujet du traitement du casier judiciaire d'un accusé. Un procès soulève nécessairement des questions de preuve qui sont parfois de nature complexe. Même si, dans ces cas, la simplicité est généralement préférable à la complexité, les principes pour lesquels il est impératif que le jury dispose de tous les renseignements pertinents relatifs à l'accusation (que la Cour a analysés dans *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670) ont nettement plus de poids que les avantages qu'offre la simplicité en pareille situation.

Un accusé a le droit de garder le silence pendant son procès. Toutefois, si l'accusé choisit de témoigner, c'est qu'il se porte implicitement garant de sa crédibilité. Cet accusé, tout comme n'importe quel

other witness, has therefore opened the door to having the trustworthiness of his/her evidence challenged. An interpretation of s. 13 which insulates such an accused from having previous inconsistent statements put to him/her on cross-examination where the only purpose of doing so is to challenge that accused's credibility, would, in my view, "stack the deck" too highly in favour of the accused.

Thus, but for the policy concern raised by Martin J.A. in the Ontario Court of Appeal, I would be inclined to conclude, at this point, that s. 13 does not preclude the use of previous testimony during a subsequent cross-examination if the sole purpose of that cross-examination is to challenge the credibility of an accused who has chosen to testify in the second proceedings. I turn now to an examination of the policy issue raised by the Court of Appeal in this case.

Policy Issue

In the judgment of the Court of Appeal, Martin J.A. rejected the interpretation that was given to s. 13 of the *Charter* by the British Columbia Court of Appeal in *Johnstone, supra*. He consequently rejected the relevance, for the purposes of s. 13, of identifying the objectives of the Crown in putting the prior inconsistent statements to the accused in cross-examination. Instead, Martin J.A. interpreted s. 13 to mean that an incriminating statement made by an accused at a proceeding can under no circumstances be used in cross-examining him or her at a later proceeding, regardless of the specific purpose of using the testimony in the course of the cross-examination.

As outlined above, the Court of Appeal decided that s. 13 must be interpreted in light of the protection against self-incrimination afforded to a witness under s. 5 of the *Canada Evidence Act*. The court emphasized that considerable unfairness resulted from the application of s. 5, since there was no obligation on the judicial body hearing a witness to advise that witness of his or her right to object to a potentially incriminating question.

autre témoin, ouvre donc la porte aux attaques contre la fiabilité de son témoignage. Interpréter l'art. 13 de façon à protéger l'accusé contre un contre-interrogatoire portant sur ses déclarations antérieures incompatibles aux seules fins d'attaquer sa crédibilité, équivaldrait, à mon avis, à trop «fausser la donne» en faveur de l'accusé.

b

Donc, sauf en ce qui a trait aux préoccupations de principe soulevées par le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, je serais porté à conclure, à ce moment-ci, que l'art. 13 n'interdit pas l'emploi d'un témoignage antérieur au cours d'un contre-interrogatoire subséquent, si ce dernier a pour seul but d'attaquer la crédibilité d'un accusé qui a choisi de témoigner lors des procédures subséquentes. Je me propose maintenant d'examiner la question de principe soulevée par la Cour d'appel en l'espèce.

La question de principe

e

Dans l'arrêt de la Cour d'appel, le juge Martin a rejeté l'interprétation de l'art. 13 de la *Charte* donnée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Johnstone*, précitée. Par conséquent, il a conclu qu'aux fins de l'art. 13, il n'était pas nécessaire d'identifier le but visé par le ministère public lorsque ce dernier présente les déclarations antérieures incompatibles de l'accusé en contre-interrogatoire. Le juge Martin a plutôt conclu que l'art. 13 signifiait qu'une déclaration incriminante faite par un accusé lors d'une procédure ne peut jamais être utilisée durant son contre-interrogatoire dans une procédure subséquente, peu importe l'objet précis de l'emploi du témoignage au cours du contre-interrogatoire.

h

Comme nous l'avons déjà souligné, la Cour d'appel a statué que l'art. 13 doit être interprété en fonction de la protection contre l'auto-incrimination conférée au témoin par l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. La cour a souligné que l'application de l'art. 5 avait entraîné de grandes injustices, puisque l'instance judiciaire devant laquelle le témoin est appelé n'était pas tenue d'informer ce témoin de son droit de s'opposer à une question

i

j

Martin J.A. described the resulting unfairness as follows (at p. 22):

Prior to the Charter, a sophisticated witness or one who had the benefit of the advice of counsel might secure protection from the subsequent use of his evidence against him in a criminal trial by invoking s. 5(2), whereas an unsophisticated witness or one who lacked counsel, because he was unaware of his right to invoke s. 5(2), might have the evidence from a prior proceeding used against him in a subsequent trial.

The court concluded that a fundamental purpose underlying the adoption of s. 13 was to redress such unfairness caused by the application of s. 5.

In view of the purpose of s. 13, it was argued that the section could not be interpreted in such a way as to give a witness narrower protection from the use of incriminating evidence against him than the protection he would be afforded if he were "sophisticated" enough to make an objection under s. 5. To ascertain the precise scope of s. 13, therefore, the court found it necessary to consider the protection gained by a witness who makes a valid objection under s. 5.

The Court of Appeal considered the jurisprudential interpretation of s. 5 prior to the coming into force of the *Charter* and concluded that s. 5 effectively prohibited testimony given by a witness in a proceeding from being used to cross-examine him for any purpose at a later proceeding. The prior testimony could in no circumstances be used in cross-examining an accused at a later proceeding (at pp. 20-21):

It was well established prior to the advent of the Charter that, where a witness in a judicial proceeding invoked s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, his evidence could not be used to cross-examine him: see *R. v. Wilmot* ...; *R. v. Coté* ... I observe that both *R. v. Wilmot* ... and *R. v. Coté* ... were cited with approval by McIntyre J. in *R. v. Mannion* ...

The pre-Charter authorities did not distinguish between the use of the prior evidence on cross-examination for the purpose of directly incriminating the accused and

potentiellement incriminante. Le juge Martin a ainsi décrit l'injustice qui en découlait (à la p. 22):

[TRADUCTION] Avant l'adoption de la Charte, un témoin averti ou conseillé par un avocat pouvait se protéger contre l'utilisation subséquente de son témoignage contre lui, dans une instruction pénale, en invoquant le par. 5(2), tandis que le témoin qui ne bénéficiait ni des connaissances pertinentes ni des services d'un avocat pouvait voir le témoignage rendu dans une procédure antérieure utilisé contre lui dans une instruction subséquente, parce qu'il ignorait qu'il avait le droit d'invoquer le par. 5(2).

La cour a conclu que l'adoption de l'art. 13 avait fondamentalement pour but de remédier à ce genre d'injustice imputable à l'art. 5.

Compte tenu de l'objet de l'art. 13, il a été prétendu que cette disposition ne pouvait être interprétée de façon à conférer au témoin moins de protection contre l'emploi d'un témoignage incriminant à son encontre que la protection à laquelle il aurait droit s'il était assez «averti» pour formuler une objection en vertu de l'art. 5. Pour s'assurer de la portée exacte de l'art. 13, la cour a donc jugé bon d'examiner la protection dont jouit un témoin qui formule une objection valable en vertu de l'art. 5.

La Cour d'appel a étudié l'interprétation donnée à l'art. 5 par les tribunaux avant l'entrée en vigueur de la *Charte* et conclu que cet article interdisait effectivement tout emploi, en contre-interrogatoire dans une procédure subséquente et à quelque fin que ce soit, du témoignage fourni par un témoin lors d'une procédure antérieure. En aucune circonstance le témoignage antérieur ne pouvait être employé en contre-interrogatoire de l'accusé dans une procédure subséquente (aux pp. 20 et 21):

[TRADUCTION] Avant l'adoption de la Charte, il était reconnu que lorsqu'un témoin dans une procédure judiciaire invoquait le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, son témoignage ne pouvait être employé en contre-interrogatoire: voir *R. v. Wilmot* [...]; *Procureur général du Québec c. Côté* [...] Je constate que le juge McIntyre a abondé dans le sens des arrêts *R. v. Wilmot* [...] et *Procureur général du Québec c. Côté* [...] dans *R. c. Mannion* ...

La doctrine et la jurisprudence qui ont précédé l'adoption de la Charte ne font aucune distinction entre l'emploi de témoignages antérieurs en contre-interrogatoire

its use for the purpose of attacking his credibility. Section 5(2) imposed a blanket prohibition against the use of the accused's prior evidence on cross-examination either for the purpose of incriminating him directly or for the purpose of impeaching his credibility.

The court clearly saw no ambiguity in the case law applying s. 5 that would allow it to interpret the section in order to permit the use of the prior testimony in cross-examining the accused at a later proceeding for the purpose only of impeaching his credibility.

The court's understanding of the purpose underlying s. 13 and its concern for the inequity which could result if s. 13 were interpreted so as to provide less protection than s. 5 thus caused it to reject the Crown's contention that s. 13 prevents the use of prior inconsistent statements made by an accused in cross-examining him at a later proceeding where the sole purpose of using the statement is to assist the Crown in incriminating the accused.

With all due respect, I am unable to accept the Court of Appeal's method of interpreting s. 13. First, I believe that s. 5(2) of the Act should not be used as an obligatory instrument in the assessment of the ambit of s. 13, even if the necessary result, which I do not admit in this instance, would be that the protection granted by the federal statute is wider than that afforded under the *Charter*. It is possible that, in certain circumstances, the rights protected by statute will be greater in scope than comparable rights affirmed by our Constitution. The *Charter* aims to guarantee that individuals benefit from a minimum standard of fundamental rights. If Parliament chooses to grant protection over and above that which is enshrined in our *Charter*, it is always at liberty to do so.

Furthermore, I am not prepared, when interpreting s. 13, to presume that it was designed to remedy an unfair situation created by statute. If undesirable inequalities arise from the application of a statutory provision, for example s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, it is up to Parliament to redress the unfairness by amending or repealing the problematic elements of the provision. The

en vue d'incriminer directement l'accusé et l'emploi visant à attaquer sa crédibilité. Le paragraphe 5(2) imposait une interdiction générale à l'encontre de l'emploi du témoignage antérieur de l'accusé en contre-interrogatoire, soit en vue de l'incriminer directement ou d'attaquer sa crédibilité.

De toute évidence, la cour n'a vu dans la jurisprudence relative à l'art. 5, aucune ambiguïté l'autorisant à interpréter cet article de façon à permettre l'emploi d'un témoignage antérieur en contre-interrogatoire de l'accusé lors d'une procédure subséquente, aux seules fins d'attaquer sa crédibilité.

La façon dont la cour a compris l'objet de l'art. 13, ainsi que son inquiétude devant l'injustice qui pourrait résulter de l'art. 13 interprété de façon à offrir moins de protection que l'art. 5, l'ont donc conduite à rejeter les prétentions du ministère public selon lesquelles l'art. 13 interdit l'emploi, en contre-interrogatoire dans une procédure subséquente, de déclarations antérieures incompatibles faites par un accusé, uniquement lorsque l'emploi de la déclaration vise à permettre au ministère public d'incriminer l'accusé.

Avec égards, je ne puis accepter la méthode d'interprétation de l'art. 13 adoptée par la Cour d'appel. Premièrement, j'estime que le par. 5(2) de la Loi ne devrait pas servir d'instrument obligé dans l'évaluation du champ d'application de l'art. 13, même si cela devait avoir pour résultat, ce que je ne puis admettre en l'espèce, une protection plus grande en vertu de la loi fédérale qu'en vertu de la *Charte*. Il est possible que, dans certains cas, les droits protégés par une loi aient une portée plus considérable que les droits comparables que garantit notre Constitution. La *Charte* vise à assurer aux citoyens un minimum de droits fondamentaux. Si le législateur choisit d'accorder une protection supérieure à celle que prévoit la *Charte*, libre à lui de le faire.

De plus, pour interpréter l'art. 13, je ne suis pas prêt à présumer qu'il avait pour but de remédier à une injustice créée par la loi. Si l'application d'une disposition législative, par exemple le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, donne lieu à des inégalités indésirables, il incombe au législateur de corriger cette injustice en modifiant ou en abrogeant les éléments de la disposition qui font pro-

advent of the *Charter* has not modified pre-existing rights and, conversely, the fact of pre-existing rights should not unnecessarily influence the interpretation of the scope of constitutionally-protected rights.

Secondly, and I say this with the utmost respect, I cannot accept the Ontario Court of Appeal's interpretation of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*. In my opinion, the protection offered by s. 5(2), namely, the guarantee that "the answer so given [by the witness] shall not be used or receivable in evidence against him in any criminal trial, or other criminal proceeding against him thereafter taking place . . .", must be interpreted in consideration of the express purpose of allowing the witness to make an objection under s. 5(2). This purpose is expressed clearly in the opening words of s. 5(2) that impose the substantive condition to be fulfilled before the section is made operative: a witness is entitled to object to a question on the grounds that "his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person . . .". Since the witness is only entitled to object to a question on the grounds that the answer to the question will tend to criminate him, it is only logical that he be guaranteed, in exchange for compelling him to answer the question, that his answer will not be used to criminate him in a subsequent proceeding. A further guarantee that such answer will not be used in cross-examination to challenge the witness's credibility at a later proceeding would extend beyond the purpose of s. 5(2). With respect for contrary views, testimony given by a witness at a proceeding may, notwithstanding an objection under s. 5(2), be used at a subsequent proceeding in cross-examining the witness if the purpose of such use is to impeach his credibility and not to incriminate the witness.

It is also apparent that the scope of the judicial interpretation of s. 5(2) has, by some, been overstated. It has been concluded that the effect of *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (Alta. C.A.), *R. v. Côté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564 (Que. C.A.), and *Mannion, supra*, is that an objection made under s.

blème. L'adoption de la *Charte* n'a pas modifié les droits qui existaient déjà et, inversement, l'existence préalable de droits ne devrait pas influencer indûment sur l'interprétation de la portée des droits protégés constitutionnellement.

Deuxièmement, et malgré tout le respect que je dois à ce tribunal, je ne puis accepter l'interprétation donnée par la Cour d'appel de l'Ontario au par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*. À mon avis, pour interpréter la protection conférée par le par. 5(2), c'est-à-dire la garantie que «sa réponse [du témoin] ne peut pas être invoquée et n'est pas admissible à titre de preuve contre lui dans une instruction ou procédure criminelle exercée contre lui par la suite . . .», il faut tenir compte de l'objectif visé en permettant au témoin de formuler une objection en vertu du par. 5(2). Les premiers termes du par. 5(2) expriment clairement cet objectif en imposant la condition de fond à satisfaire avant la mise en application de cette disposition: un témoin peut s'opposer à une question pour les motifs que «sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit . . .». Puisque le témoin ne peut s'opposer à une question que si la réponse à la question tendra à l'incriminer, il est tout à fait logique qu'on lui garantisse, en échange de l'obligation de répondre à la question, que sa réponse ne sera pas utilisée pour l'incriminer dans une procédure subséquente. Garantir de plus que cette réponse ne sera pas employée en contre-interrogatoire pour attaquer la crédibilité du témoin, dans une procédure future, irait au-delà de l'objet du par. 5(2). Avec égards pour l'opinion contraire, le témoignage rendu par un témoin dans une procédure peut, nonobstant une objection formulée en vertu du par. 5(2), être employé lors d'une procédure subséquente en contre-interrogatoire du témoin si cela a pour but d'attaquer sa crédibilité et non de l'incriminer.

Il semble également que certains aient exagéré la portée de l'interprétation donnée par les tribunaux au par. 5(2). On a conclu que les arrêts *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (C.A. Alb.), *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118, et *Mannion*, précité, signifiaient qu'une objection

5(2) at the first proceedings gives rise to a blanket prohibition against using the testimony in the course of cross-examining the witness at a subsequent proceeding. In *Wilmot*, the Alberta Court of Appeal considered whether the accused could be cross-examined with respect to testimony given at an earlier proceeding where such testimony was given in response to a question by the Crown to which an objection under s. 5(2) had been made. Ford J.A., speaking for the majority, stated the following (at pp. 18-19):

In my opinion the prohibition against the *use* as well as the reception of answers made to questions that may tend to incriminate, except as provided in the Act applicable to the inquest, whether it is the Alberta *Evidence Act* or the *Canada Evidence Act*, applies just as much to the *use* of the answer against the accused in cross-examination as to its being receivable in the Crown's case in chief.

In *Côté*, I, on behalf of the Quebec Court of Appeal, considered in detail the procedural conditions that must be fulfilled by a witness in order to make a valid objection under s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* in the course of a proceeding. The court dealt very briefly with the issue of whether the successful invocation of s. 5(2) prevented the privileged testimony from being used in cross-examining the witness at a later proceeding. I stated, at pp. 571-72:

[TRANSLATION] It seems clear to me that to use the testimony in this way is to "use(d)" in the sense of s. 5 (in the French version, "... l'invoquer..."). This last ground does not seem to me deserving of further consideration. It suffices that I refer anyone who would like to go into the question in depth to the comments of our Alberta colleagues in the case of *R. v. Wilmot*...

Lastly, McIntyre J., speaking for this Court in *Mannion*, *supra*, summarized the holdings in *Wilmot* and *Côté* to the effect that "an accused person may not be cross-examined or examined-in-chief upon evidence given at a previous hearing where he had invoked the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*" (p. 281). *Mannion* concerned the application of s. 13 of the *Charter*;

fait en vertu du par. 5(2) au cours de la première procédure donnait lieu à une interdiction générale de l'emploi du témoignage lors du contre-interrogatoire du témoin dans une procédure subséquente.

a Dans l'affaire *Wilmot*, la Cour d'appel de l'Alberta s'est demandé si l'accusé pouvait être contre-interrogé au sujet d'un témoignage rendu dans une procédure antérieure, lorsque ce témoignage était donné en réponse à une question du ministère public pour laquelle une objection avait été formulée en vertu du par. 5(2). Le juge Ford a affirmé ce qui suit au nom de la majorité (aux pp. 18 et 19):

c [TRADUCTION] À mon avis, l'interdiction de l'emploi et de l'admission en preuve des réponses données aux questions qui pourraient tendre à incriminer l'accusé, sauf si la loi applicable à l'enquête le prévoit, que ce soit la *Alberta Evidence Act* ou la *Loi sur la preuve au Canada*, est tout aussi applicable à l'emploi de la réponse contre l'accusé en contre-interrogatoire qu'à son admissibilité dans le cadre de la preuve principale du ministère public.

e Dans l'arrêt *Côté*, j'ai dû, au nom de la Cour d'appel du Québec, examiner en profondeur les conditions d'ordre procédural qu'un témoin doit remplir afin de formuler une objection valable en vertu du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* dans le cadre d'une procédure. La cour a traité très brièvement de la question de savoir si le fait d'invoquer avec succès le par. 5(2) empêchait l'emploi du témoignage protégé en contre-interrogatoire du témoin dans une procédure subséquente.

g J'ai affirmé ce qui suit, à la p. 122:

h Ce me semble clair que se servir ainsi du témoignage c'est «l'invoquer» (au texte anglais «... shall not be used...») La question ne semble pas mériter de plus ample discussion. Qu'il suffise que je réfère quiconque voudrait approfondir la question aux commentaires de nos collègues de l'Alberta dans la cause de *R. c. Wilmot*.

i Enfin, dans l'arrêt *Mannion*, précité, le juge McIntyre a résumé pour la Cour les conclusions tirées dans les causes *Wilmot* et *Côté*: «un accusé ne peut pas subir un contre-interrogatoire ou un interrogatoire principal à l'égard du témoignage donné dans une instance antérieure où il a invoqué la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*» (p. 281). L'arrêt *Mannion* portait sur l'application

McIntyre J.'s statements with respect to s. 5(2) were therefore not directly relevant to the holding in the case.

The holdings in these cases do not lead necessarily to the conclusion that testimony protected by the s. 5(2) privilege cannot be used in cross-examining the accused at a subsequent proceeding where the purpose of using the testimony is to impeach the accused's credibility and not to assist in building the Crown's against him, that is, to incriminate him. In *Wilmot* and *Côté*, the purpose of using the prior testimony in cross-examining the accused was never examined. The courts did not attempt to ascertain whether the testimony was used by the Crown to incriminate the accused or merely to impeach his credibility. As stated earlier, in *Côté* the focus of the case was on what had to be said by the witness in order to invoke the protection of s. 5(2). In *Mannion*, it was found that the Crown used the particular testimony in cross-examining the accused for the purpose of establishing a consciousness of guilt on his part; this was held to be an incriminating use of the earlier statements. Thus, any statement by this Court regarding the interpretation of s. 5(2) was not necessary to determine the result.

To the extent that Ford J.A., writing for the Alberta Court of Appeal in *Wilmot*, or myself, writing for the Quebec Court of Appeal in *Côté*, failed to examine the purpose of the Crown in putting the prior inconsistent statements of the accused to him in cross-examination, I am of the opinion that s. 5 was not interpreted correctly. Section 5 does not prohibit the Crown from ever using the privileged testimony in cross-examining the accused at a later proceeding. The Crown is only prevented from so using the testimony if the purpose of such use is to incriminate the accused. These judgments decided the central issue in each case without addressing the issue of whether the testimony was used in cross-examination to incriminate the accused or to undermine his credi-

de l'art. 13 de la *Charte*; les déclarations faites par le juge McIntyre au sujet du par. 5(2) n'étaient donc pas directement pertinentes à l'égard du fondement de la décision.

^a Les décisions rendues dans ces affaires ne m'amènent pas nécessairement à conclure que le témoignage protégé en vertu du par. 5(2) ne peut être utilisé en contre-interrogatoire de l'accusé dans une procédure subséquente lorsque cet emploi a pour but d'attaquer sa crédibilité et non d'établir la preuve du ministère public, c'est-à-dire d'incriminer l'accusé. Dans les arrêts *Wilmot* et *Côté*, les tribunaux n'ont jamais étudié l'objet visé par l'emploi d'un témoignage antérieur en contre-interrogatoire de l'accusé. Ils n'ont pas tenté d'établir si le ministère public utilisait le témoignage pour incriminer l'accusé ou tout simplement pour attaquer sa crédibilité. L'arrêt *Côté*, je le répète, portait surtout sur ce que devait dire le témoin afin d'invoquer la protection prévue au par. 5(2). Dans l'arrêt *Mannion*, notre Cour a conclu que le ministère public faisait appel au témoignage visé en contre-interrogatoire de l'accusé afin de faire la preuve du sentiment de culpabilité de ce dernier. La Cour a statué qu'il s'agissait d'un emploi incriminant des déclarations antérieures. Par conséquent, toute déclaration que pouvait faire la Cour à l'égard de l'interprétation du par. 5(2) n'était pas essentielle à l'issue de la cause.

^g Dans la mesure où le juge Ford, au nom de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Wilmot*, ou moi-même, au nom de la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Côté*, n'avons pas étudié l'objet que visait le ministère public en présentant, à l'accusé, en contre-interrogatoire, ses déclarations antérieures incompatibles, j'estime que l'art. 5 n'a pas été interprété correctement. L'article 5 n'interdit pas à tout jamais au ministère public d'employer le témoignage protégé lors du contre-interrogatoire de l'accusé dans une procédure subséquente. Il empêche simplement le ministère public d'employer ainsi le témoignage en vue d'incriminer l'accusé. Dans chaque décision, le litige principal a été tranché sans examiner la question de savoir si le témoignage était employé en contre-interrogatoire pour incriminer l'accusé ou attaquer sa crédibilité. Les droits que confère le par. 5(2) à l'accusé

bility. Only after this question is answered can the accused's rights under s. 5(2) be determined.

It is thus apparent that Martin J.A.'s legitimate policy concern that s. 5 of the *Canada Evidence Act* and s. 13 of the *Charter* not provide different protection for an accused, against the use of incriminating statements, does not, in my view, arise. Section 5(2) and s. 13 offer virtually identical protection: a witness who testifies in any proceeding has the right not to have his or her testimony used to incriminate such witness at a later proceeding. Neither s. 5 nor s. 13 prevents the Crown from using the testimony in cross-examination at the later proceeding for the purpose of undermining the witness's credibility. The difference between these sections is that s. 5(2) requires an objection at the first proceedings while s. 13 does not.

Disposition

In the case at bar, the cross-examination of the respondent at the second trial was clearly for the purpose of undermining his credibility. Therefore, in view of the foregoing analysis, his s. 13 rights were not violated.

The constitutional questions, set out above, were stated prior to the decision in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 1110, which established that under Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, a constitutional question will only be stated when the constitutional validity or the constitutional applicability of a statute or of regulations is raised, or the inoperability thereof is urged. In light of that decision, the constitutional questions do not, in my respectful view, arise, nor would they have arisen had this Court interpreted s. 13 as did the Ontario Court of Appeal. In the case at bar, it was the action of the Crown in cross-examining the accused which was challenged under the *Charter*. The constitutionality of a legislative provision was not in issue. Therefore, the constitutional questions need not be answered.

ne peuvent être déterminés qu'une fois cette question réglée.

Il ressort donc que la crainte qu'avait le juge Martin, pour des raisons de principe légitimes, que l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et l'art. 13 de la *Charte* ne confèrent à l'accusé des protections différentes contre l'emploi des déclarations incriminantes, à mon avis, ne se soulève pas. Le paragraphe 5(2) et l'art. 13 offrent pratiquement la même protection: le témoin qui témoigne dans une procédure quelconque a le droit à ce que son témoignage ne soit pas employé pour l'incriminer dans une procédure subséquente. Ni l'article 5 ni l'art. 13 n'empêchent le ministère public d'employer le témoignage en contre-interrogatoire, dans une procédure subséquente, en vue d'attaquer la crédibilité du témoin. La différence entre ces dispositions est que, contrairement à l'art. 13, le par. 5(2) nécessite qu'une objection soit formulée lors des premières procédures.

Dispositif

En l'espèce, le contre-interrogatoire de l'intimé au second procès avait nettement pour but d'attaquer sa crédibilité. Par conséquent, compte tenu de l'analyse qui précède, il n'y a pas eu violation des droits que lui garantit l'art. 13.

Les questions constitutionnelles susmentionnées ont été formulées avant la décision dans l'affaire *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1989] 2 R.C.S. 1110, qui a établi qu'en vertu de l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, une question constitutionnelle ne peut être formulée que lorsqu'est contestée la validité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi ou d'un règlement ou lorsqu'est plaidé son caractère inopérant. Compte tenu de cette décision, j'estime avec égard, que les questions constitutionnelles ne se posent pas et qu'elles ne se seraient pas posées non plus si la Cour avait interprété l'art. 13 de la même façon que la Cour d'appel de l'Ontario. En l'espèce, c'est la conduite du ministère public en contre-interrogatoire de l'accusé qui est contestée en vertu de la *Charte*. La constitutionnalité d'aucune disposition législative n'est en cause. Par conséquent, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles.

Consequently, I would allow the appeal and restore the conviction entered by the Provincial Court of Ontario.

The reasons of Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

WILSON J. (dissenting)—I am in respectful agreement with the reasons of Martin J.A. writing for a unanimous Court of Appeal (1988), 40 C.C.C. (3d) 11 and have nothing to add to them. I would accordingly dismiss the Crown's appeal.

Appeal allowed, WILSON, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

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

Solicitors for the respondent: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour provinciale de l'Ontario.

^a Version française des motifs des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendus par

^b LE JUGE WILSON (dissidente)—Avec égards, je suis d'accord avec les motifs unanimes de la Cour d'appel (1988), 40 C.C.C. (3d) 11 rendus en son nom par le juge Martin, et je n'ai rien à y ajouter. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public.

^c *Pourvoi accueilli, les juges WILSON, LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.*

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

^d *Procureurs de l'intimé: Pinkofsky, Lockyer, Kwinter, Toronto.*

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

^e *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740 *Appellant*

v.

W.W. Lester (1978) Ltd. and Planet Development Corporation Ltd. *Respondents*

and

The Labour Relations Board for the Province of Newfoundland *Respondent*

INDEXED AS: LESTER (W.W.) (1978) LTD. v. UNITED ASSOCIATION OF JOURNEYMEN AND APPRENTICES OF THE PLUMBING AND PIPEFITTING INDUSTRY, LOCAL 740

File No.: 21239.

1990: April 26; 1990: December 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND

Administrative law — Judicial review — Jurisdiction — Labour Relations Board — Board granting successorship declaration where company carrying on business subject to union contract set up parallel company operating without a union — Whether the Board had jurisdiction to enquire into whether or not successorship had occurred — If so, whether the Board's exercise of its jurisdiction was patently unreasonable — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 18.

Labour relations — Unions — Successor rights — Company carrying on business subject to union contract setting up parallel company operating without a union — Whether Labour Relations Board may grant successorship declaration — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 89(1).

The respondent construction companies possessed similar share structures and principals and operated side by side. They shared the same office, secretary, telephone number and office expenses but had separate

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740 *Appelante*

a c.

W.W. Lester (1978) Ltd. et Planet Development Corporation Ltd. *Intimées*

et

b

The Labour Relations Board de la province de Terre-Neuve *Intimé*

RÉPERTORIÉ: LESTER (W.W.) (1978) LTD. c. ASSOCIATION UNIE DES COMPAGNONS ET APPRENTIS DE L'INDUSTRIE DE LA PLOMBERIE ET DE LA TUYAUTERIE, SECTION LOCALE 740

N° du greffe: 21239.

d 1990: 26 avril; 1990: 7 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson* et le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE TERRE-NEUVE

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Compétence — Commission des relations du travail — La Commission a accordé une déclaration d'application de l'obligation du successeur à une société, qui exploite une entreprise assujettie à une convention collective, créant une société parallèle sans syndicat — La Commission avait-elle compétence pour examiner s'il y avait enquête sur la question de savoir s'il y avait application de l'obligation du successeur? — Le cas échéant, l'exercice par la Commission de sa compétence était-il manifestement déraisonnable? — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 18.

Relations de travail — Syndicats — Droits du successeur — Une société continuant à exploiter une entreprise assujettie à une convention collective et créant une société parallèle sans syndicat — La Commission des relations du travail peut-elle reconnaître l'existence de l'obligation du successeur? — The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 89(1).

Les sociétés de construction intimées avaient à peu de chose près les mêmes actionnaires et les mêmes directeurs et étaient exploitées côte à côte. Elles partageaient le même bureau, les services de la même secrétaire, le

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

employees. While they shared a minor amount of equipment by renting the equipment to each other, each owned or leased its own equipment. The finances of the companies were separate. One of the principals prepared bids on construction projects on behalf of either company, depending on whether the job in question was a union or non-union construction site in accordance with the practice of "double breasting" whereby one company, which continues to carry on business subject to a union contract, sets up a second parallel company which operates without a union.

The appellant union, which represented Lester's employees, attempted to organize the non-unionized employees of Planet but withdrew its application for certification before the hearing. In its place, the appellant deposed an application alleging unfair labour practices on the part of the companies and sought a declaration of successorship pursuant to s. 89 of *The Labour Relations Act, 1977*. At the same time, the respondent companies laid a complaint alleging unfair labour practices on the part of the union. The Labour Relations Board granted the successorship declaration and found it unnecessary to make findings on the other applications. The respondent companies then applied, unsuccessfully, to the Trial Division of the Newfoundland Supreme Court for an order of *certiorari* to quash the Board's order. The Court of Appeal, in a unanimous decision, held the Board's decision to be patently unreasonable and remitted the matter of the unfair labour practices to the Board.

The issues raised in this appeal are: (1) whether the Board had the jurisdiction to enter into the inquiry as to whether or not successorship had occurred; and (2) if so, whether the exercise of its jurisdiction was patently unreasonable.

Held (Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: Section 16.1 of *The Labour Relations Act, 1977* renders moot the question of whether the Labour Relations Board has the power to determine whether an employer had disposed of his business or a part of his business under s. 89(1) of the Act, except for the determination of this case. It may be assumed for

même numéro de téléphone et les frais de bureau, mais avaient des employés distincts. Même si elles partageaient en se louant entre elles une petite partie du matériel, elles étaient l'une et l'autre propriétaires ou locataires de leur propre matériel. Les ressources financières des sociétés étaient distinctes. L'un des directeurs préparait des soumissions pour les projets de construction pour le compte de l'une ou l'autre société, selon que le chantier de construction en cause était syndiqué ou non syndiqué conformément à la pratique du «double volet» lorsqu'une société, qui continue à exploiter une entreprise assujettie à une convention collective, établit une deuxième société parallèle qui fonctionne sans syndicat.

Le syndicat appelant, qui représentait les employés de Lester, a tenté de mobiliser les employés non syndiqués de Planet mais a retiré sa demande d'accréditation avant l'audience. L'appelant lui a substitué une requête alléguant des pratiques déloyales de travail de la part des sociétés et a demandé une déclaration reconnaissant l'application de l'obligation du successeur en vertu de l'art. 89 de *The Labour Relations Act, 1977*. Au même moment, les sociétés intimées ont présenté une plainte alléguant des pratiques déloyales de travail de la part du syndicat. La Commission des relations du travail a accordé la déclaration reconnaissant l'application de l'obligation du successeur et a jugé qu'il était inutile de se prononcer sur les autres requêtes. Les sociétés intimées ont alors demandé, sans succès, à la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve de rendre une ordonnance de *certiorari* pour casser l'ordonnance de la Commission. La Cour d'appel, dans une décision unanime, a conclu que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable et a renvoyé la question des pratiques déloyales de travail à la Commission.

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont les suivantes: (1) La Commission avait-elle compétence pour procéder à l'enquête sur la question de savoir s'il y avait application de l'obligation du successeur? et (2) Le cas échéant, l'exercice de sa compétence était-il manifestement déraisonnable?

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin: L'adoption de l'article 16.1 de *The Labour Relations Act, 1977* rend théorique la question de savoir si la Commission des relations du travail avait le pouvoir de déterminer si un employeur avait aliéné son entreprise ou une partie de son entreprise au sens du par. 89(1) de la Loi, exception faite de

the purpose of this judgment that the Board had the jurisdiction to consider whether or not there was a sale, lease, transfer or other disposition.

Section 18 of the Act limits judicial review of the Board's decisions to error in interpreting the jurisdictional provisions or excess of jurisdiction by reason of a patently unreasonable error in the performance of its function. Curial deference must extend both to the determination of the facts and the interpretation of the law. The court can interfere only where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact, or where the interpretation placed on the legislation is patently unreasonable.

Section 89(1) establishes the conditions in which the collective agreement between a union and one employer may be imposed between the union and another employer. The aim of the successorship provision is to protect employees from losing union protection when a business is sold or transferred from one company to another. A discernible part of the business—a functional economic vehicle—must be transferred in order to establish successorship under s. 89(1). It is not enough that a mere transfer of assets occur because a business is not a mere collection of assets. A finding of successorship, therefore, could not be based on common shareholdings and a common business enterprise or on the fact that the same people owned or worked for both companies. Corporate interrelationship, without some evidence of disposition, would not be enough to trigger the successorship provisions. The evidence as to anti-union *animus* was weak and, even if demonstrated, would not establish the necessary transfer.

The absence of evidence establishing a disposition under s. 89 rendered the Board's decision patently unreasonable and, therefore, subject to judicial review. The Board's action in construing the successorship provisions as if they were common employer provisions was contrary to precedent.

Per Dickson C.J. and Wilson and Cory JJ. (dissenting): A court will not exercise judicial review unless the tribunal's decision was patently unreasonable. It is unrealistic given increasingly complex and highly spe-

son application à l'espèce. On peut supposer, pour les fins du présent jugement, que la Commission avait compétence pour déterminer s'il y avait eu vente, location, transfert ou autre acte d'aliénation.

^a L'article 18 de la Loi limite le contrôle judiciaire des décisions de la Commission à une erreur dans l'interprétation des dispositions attributives de compétence ou à un excès de compétence en raison d'une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction. La retenue judiciaire doit s'étendre à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi. Une cour de justice ne peut intervenir que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal, ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable.

^d Le paragraphe 89(1) établit les conditions dans lesquelles la convention collective entre un syndicat et un employeur peut être imposée à un autre employeur à l'égard du même syndicat. Le but des dispositions sur l'obligation du successeur est d'empêcher que des employés ne perdent leur protection syndicale lorsqu'une entreprise est vendue ou transférée d'une société à une autre. Il faut qu'une partie identifiable de l'entreprise—un instrument économique fonctionnel—soit aliénée pour établir l'application de l'obligation du successeur aux termes du par. 89(1). Il n'est pas suffisant qu'il y ait un simple transfert d'éléments d'actif parce qu'une entreprise représente plus qu'une simple accumulation d'éléments d'actif. Par conséquent, une conclusion relative à l'existence de l'obligation du successeur ne peut être fondée sur la possession commune d'actions et sur une entreprise commerciale commune ou sur le fait que les mêmes personnes sont propriétaires des deux sociétés ou qu'elles travaillent pour les deux. Les liens intersociétés, sans quelque élément de preuve d'une aliénation ne sont pas suffisants pour entraîner l'application des dispositions sur l'obligation du successeur. La preuve relative à l'antisindicalisme était faible et même cela ne prouverait pas l'existence du transfert nécessaire.

^h L'absence de preuve établissant l'existence d'une aliénation au sens de l'art. 89 a rendu la décision de la Commission manifestement déraisonnable et, par conséquent, assujettie au contrôle judiciaire. En interprétant les dispositions relatives à l'obligation du successeur comme si elles étaient des dispositions relatives à l'employeur unique, la Commission allait à l'encontre de la jurisprudence.

^j Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et Cory (dissidents): Une cour ne devrait pas exercer le contrôle judiciaire que si la décision du tribunal est manifestement déraisonnable. Compte tenu des régimes de régle-

cialized regulatory regimes to expect the courts to have the requisite knowledge and skill to adjudicate properly on some of those regimes.

The test of patent unreasonableness is stringent. The administrative tribunal's interpretation of the legislation will only be considered patently unreasonable if it cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review. Judicial review is not available simply because there is disagreement over the tribunal's decision on the basis of conflicting interpretations of the relevant legislation. The privative clause in s. 18 indicates further the limited nature of judicial review.

How an asset is transferred depends on the nature of the asset. Here, the expertise of the two principals and their ability to move between the two companies lay at the very heart of the double breasting scheme. The Board interpreted the phrase "otherwise disposes of" in s. 89(1) so as to include this type of transfer. This interpretation, while broader than that given in other jurisdictions, is consonant with the purpose and intent of the overall legislative scheme, especially in light of the absence of a common employer provision. The decision, therefore, was not patently unreasonable and the Court had to defer to that decision.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Agreed with Wilson J. on the issue of reasonableness for the reasons she expressed, although the Board's decision here was not patently unreasonable.

Cases Cited

By McLachlin J.

Considered: *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; **referred to:** *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904* (1985), 55 Nfld. & P.E.I.R. 117; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269; *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382; *Kelly Douglas & Co. and W.H. Malkin Ltd.*, [1974] 1 CLRBR 77; *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 CLLC ¶ 16,052; *Lyric Theater Ltd. v. International Alliance of Theatrical Stage Employees*, [1980] 2 Can

mentation de plus en plus complexes et hautement spécialisés, il est irréaliste de s'attendre à ce que les cours de justice possèdent les connaissances et le savoir-faire nécessaires pour rendre des décisions valables concernant certains de ces régimes.

^a Le critère du caractère manifestement déraisonnable est sévère. L'interprétation donnée par un tribunal administratif à la loi ne sera jugée manifestement déraisonnable que si elle ne peut rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et qu'elle exige une intervention judiciaire. Le seul désaccord avec la décision du tribunal, fondé sur une interprétation différente du texte législatif pertinent, ne donne pas lieu au contrôle judiciaire. La clause privative à l'art. 18 indique en outre la nature limitée du contrôle judiciaire.

^b Les modalités d'un transfert dépendent de la nature de ce qui fait l'objet du transfert. En l'espèce, le savoir-faire des deux directeurs et leur mobilité entre les deux sociétés se trouvaient au cœur même de l'exploitation à double volet. La Commission a interprété l'expression «aliène par d'autres moyens» au par. 89(1) de manière à comprendre ce genre de transfert. Cette interprétation, bien qu'elle soit plus large que celle d'autres juridictions, concorde avec l'objet et le but de l'ensemble du plan législatif, compte tenu particulièrement de l'absence de disposition relative à l'employeur unique. Par conséquent, la décision n'était pas manifestement déraisonnable et notre Cour devait se rendre à cette décision.

^c Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le juge L'Heureux-Dubé souscrit aux motifs du juge Wilson sur la question du caractère raisonnable. Toutefois, la décision de la Commission en l'espèce n'était pas manifestement déraisonnable.

Jurisprudence

^d Citée par le juge McLachlin

^e **Arrêts examinés:** *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; **arrêts mentionnés:** *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904* (1985), 55 Nfld. & P.E.I.R. 117; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269; *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382; *Kelly Douglas & Co. and W.H. Malkin Ltd.*, [1974] 1 CLRBR 77; *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 CLLC ¶ 16,052; *Lyric Theater Ltd. v. International Alliance of Theatrical*

LRBR 331; *Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can LRBR 197; *International Longshoremen's Assn. v. Terminus Maritime Inc.* (1983), 83 CLLC ¶ 16,029; *Gibraltar Development Corporation and Construction and General Labourers Union*, BCLRB 12 29/82; *Rivard Mechanical; Re Plumbers Union, Local 71*, [1981] OLRB Rep.May 550; *Frank Browne Acoustics Kamloops (1982) Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners* (1984), 6 CLRBR (NS) 247; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.* (1984), 9 CLRBR (NS) 175; *Doran Construction Ltd., Taggart Construction Ltd. and Taggart General Contractors Ltd.; Re Carpenters Union, Local 93*, [1984] OLRB Rep.Aug. 1108; *Viandes Seficlo Inc. v. Union des Employés de Commerce* (1984), 84 CLLC ¶ 14,047; *International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.* (1976), 77 CLLC ¶ 16,075; *Labourers' International Union of North America v. Elmont Construction Ltd.*, [1974] OLRB Rep.June 342; *Re International Association of Machinists v. Professional Personnel Services Ltd. and C.P. Personnel Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, unreported, Sept. 1985); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. N. D. Dobin Ltd. and Bradco Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, unreported without written reasons, March 1985); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. Robco Ltd. and Brookfield Investments Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, unreported, May 1985); *Brant Erecting and Hoisting; Re Iron Workers' Union*, [1980] OLRB Rep.July 945; *Concerned Contractors Action Group v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council* (1986), 13 CLRBR (NS) 121; *Mackie Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1974), BCLRB No. L107/81; *International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Workers v. Empire Iron Works Ltd.* (1986), 86 CLLC ¶ 16,027; *Tri Power Construction Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1984), 8 CLRBR (NS) 332; *Re N & L Construction Ltd.* (1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 271.

By Wilson J. (dissenting)

National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal), [1990] 2 S.C.R. 1324; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476; *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983; *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710.

Stage Employees, [1980] 2 Can LRBR 331; *Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can LRBR 197; *International Longshoremen's Assn. v. Terminus Maritime Inc.* (1983), 83 CLLC ¶ 16,029; *Gibraltar Development Corporation and Construction and General Labourers Union*, BCLRB 12 29/82; *Rivard Mechanical; Re Plumbers Union, Local 71*, [1981] OLRB Rep.mai 550; *Frank Browne Acoustics Kamloops (1982) Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners* (1984), 6 CLRBR (NS) 247; *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.* (1984), 9 CLRBR (NS) 175; *Doran Construction Ltd., Taggart Construction Ltd. and Taggart General Contractors Ltd.; Re Carpenters Union, Local 93*, [1984] OLRB Rep.août 1108; *Viandes Seficlo Inc. v. Union des Employés de Commerce* (1984), 84 CLLC ¶ 14,047; *International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.* (1976), 77 CLLC ¶ 16,075; *Labourers' International Union of North America v. Elmont Construction Ltd.*, [1974] OLRB Rep.juin 342; *Re International Association of Machinists v. Professional Personnel Services Ltd. and C.P. Personnel Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, inédit, sept. 1985); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. N. D. Dobin Ltd. and Bradco Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, inédit sans motifs écrits, mars 1985); *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. Robco Ltd. and Brookfield Investments Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, inédit, mai 1985); *Brant Erecting and Hoisting; Re Iron Workers' Union*, [1980] OLRB Rep.juillet 945; *Concerned Contractors Action Group v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council* (1986), 13 CLRBR (NS) 121; *Mackie Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1974), BCLRB n° L107/81; *International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Workers v. Empire Iron Works Ltd.* (1986), 86 CLLC ¶ 16,027; *Tri Power Construction Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1984), 8 CLRBR (NS) 332; *Re N & L Construction Ltd.* (1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 271.

h

Citée par le juge Wilson (dissidente)

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476; *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983; *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal), [1990] 2 S.C.R. 1324.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, s. 144 [am. 1972, c. 18, s. 1].
Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 35, 45.
Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 37 [am. 1987, c. 24, s. 25].
Labour Relations Act, R.S.M. 1987, c. L10, s. 59.
Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, ss. 1(4), 63.
Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, ss. 16.1, 17(k), 18(1), 24, 25, 28 and 89.
Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-1.2, ss. 44, 45.
Public Service Labour Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. P-25.
Trade Union Act, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 37.
Trade Union Act, S.N.S. 1972, c. 19, ss. 20, 29.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*. Aurora: Canada Law Book Inc., 1985.
 Newfoundland. Construction Industry Advisory Committee. *Report of the Construction Industry Advisory Committee*. (Gordon G. Easton, Q.C., Chairperson, William A. Alcock and Gonzo Gillingham) St. John's, Nfld.: 1985.
 Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the Newfoundland Court of Appeal (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 145, 215 A.P.R. 145, reversing the judgment of the Newfoundland Supreme Court, Trial Division (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 185, 206 A.P.R. 185, denying the respondents' application for *certiorari*. Appeal dismissed, Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

Randell Earle, Q.C., and *Stephanie Newell*, for the appellant.

Barrie Heywood, for the respondents W.W. Lester (1978) Ltd. and Planet Development Corporation Ltd.

Edward M. Hearn, for the respondent The Labour Relations Board for the Province of Newfoundland.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations), [1990] 2 R.C.S. 1324.

a Lois et règlements cités

Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 35, 45.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 144 [mod. 1972, ch. 18, art. 1].
 b *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 37 [mod. 1987, ch. 24, art. 25].
Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 16.1, 17k, 18(1), 24, 25, 28 et 89.
Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 44, 45.
 c *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25.
Loi sur les relations du travail, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 59.
Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 1(4), 63.
 d *Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 37.
Trade Union Act, S.N.S. 1972, ch. 19, art. 20, 29.

Doctrine citée

e Adams, George W. *Canadian Labour Law*. Aurora: Canada Law Book Inc., 1985.
 Newfoundland. Construction Industry Advisory Committee. *Report of the Construction Industry Advisory Committee*. (Gordon G. Easton, Q.C., Chairperson, William A. Alcock and Gonzo Gillingham.) St. John's, Nfld.: 1985.
 f Weiler, Paul. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswells, 1980.

g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 145, 215 A.P.R. 145, qui a infirmé le jugement de la Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 185, 206 A.P.R. 185, qui a rejeté la demande de *certiorari* des intimées. Pourvoi rejeté, le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

i *Randell Earle, c.r.*, et *Stephanie Newell*, pour l'appelante.

Barrie Heywood, pour les intimées W.W. Lester (1978) Ltd. et Planet Development Corporation Ltd.

j *Edward M. Hearn*, pour l'intimée The Labour Relations Board de la province de Terre-Neuve.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson and Cory JJ. were delivered by

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson et Cory rendus par

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of reading the reasons prepared by my colleague Justice McLachlin and must, for the reason I gave in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, respectfully dissent from her approach to the judicial review of the Board's decision. There I sought to re-emphasize the importance of the principle of curial deference to the decisions of administrative tribunals which this Court adopted in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227. In my view, the present case is one in which that principle ought to be applied.

LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par ma collègue le juge McLachlin et, pour la raison que je donne dans les affaires *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, je dois avec égards adopter relativement au contrôle judiciaire de la décision de la Commission un point de vue qui diverge du sien. Dans ces deux affaires, j'ai tenté de souligner une fois de plus l'importance du principe de la retenue à l'égard des décisions de tribunaux administratifs, adopté par notre Cour dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227. À mon avis, il y a lieu d'appliquer ce principe en l'espèce.

The principle of curial deference to decisions of administrative tribunals is grounded not only on sound judicial policy but also on good common sense. It is quite unrealistic in this age of increasingly complex and highly specialized regulatory regimes to expect the courts to have the requisite knowledge and skill to adjudicate properly on some of those regimes. As I noted in *National Corn Growers, supra*, at p. 1335, if all branches of government are to function effectively and efficiently we must recognize:

La notion de retenue à l'égard des décisions de tribunaux administratifs repose non seulement sur de solides principes judiciaires, mais aussi sur le gros bon sens. Il est tout à fait irréaliste à cette époque, caractérisée par des régimes de réglementation de plus en plus complexes et hautement spécialisés, de s'attendre à ce que les cours de justice possèdent les connaissances et le savoir-faire nécessaires pour rendre des décisions valables concernant certains de ces régimes. Ainsi que je le fais remarquer dans l'affaire *National Corn Growers*, précitée, à la p. 1335, pour assurer le fonctionnement efficace de tous les organes du gouvernement, nous devons reconnaître:

(1) that their [the "tribunals"] decisions are crafted by those with specialized knowledge of the subject matter before them; and (2) that there is value in limiting the extent to which their decisions may be frustrated through an expansive judicial review.

(1) que leurs décisions (celles des tribunaux administratifs) sont rendues par des spécialistes du domaine dans lequel ils sont appelés à statuer et (2) qu'il est utile de limiter la mesure dans laquelle leurs décisions peuvent être contrecarrées par un contrôle judiciaire de grande envergure.

Accordingly, I expressed the view in that case that administrative tribunals must be given the latitude by the courts to fulfil their legislative mandates.

J'ai donc exprimé l'avis dans cette affaire-là que les cours doivent accorder aux tribunaux administratifs toute latitude pour remplir le mandat que leur a confié le législateur.

What constitutes the required degree of latitude was addressed by this Court in *C.U.P.E.*, *supra*, and is reflected in the test to be applied. It is a test which, as Dickson J. (as he then was) noted at p. 237, is founded on the idea of patent unreasonableness. The appropriate question to be asked is:

Did the Board here so misinterpret the provisions of the Act as to embark on an inquiry or answer a question not remitted to it? Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review? [Emphasis added.]

As I mentioned in *National Corn Growers*, there has been a tendency in the post-*C.U.P.E.* era to return to a less stringent test for judicial review than the one established in *C.U.P.E.* This backsliding has been largely predicated upon a rather Dicean view of the rule of law and the role that the courts should play in the administration of government. That approach to curial review in the administrative context is, in my opinion, no longer appropriate given the sophisticated role that administrative tribunals play in the modern Canadian state. I think we need to return to *C.U.P.E.* and the spirit which *C.U.P.E.* embodies.

Was the Board's Decision Patently Unreasonable?

The only issue that needs to be addressed on this appeal is whether the Newfoundland Labour Relations Board's decision was patently unreasonable. Since my colleague McLachlin J. has set out the relevant statutory provisions, I shall not repeat them here. The key section is s. 89 of the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, c. 64, as amended. The issue is one of interpretation, more specifically whether the words "Where an employer sells, leases, transfers or otherwise disposes of, or agrees to sell, lease, transfer or

La question de savoir ce qui constitue la latitude nécessaire a été abordée par notre Cour dans l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, et elle se trouve reflétée dans le critère à appliquer. Ce critère, comme le signale le juge Dickson (plus tard Juge en chef), se fonde sur l'idée du caractère manifestement déraisonnable. La question qu'il convient de se poser, à la p. 237, est la suivante:

La Commission a-t-elle interprété erronément les dispositions législatives de façon à entreprendre une enquête ou à répondre à une question dont elle n'était pas saisie? Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire? [Je souligne.]

Comme je le dis dans l'affaire *National Corn Growers*, il y a eu tendance depuis l'arrêt *S.C.F.P.*, à retourner en matière de contrôle judiciaire à un critère moins strict que celui établi dans cet arrêt-là. Ce recul vient en grande partie de ce que l'on conçoit quelque peu à la façon de Dicey le règne du droit et le rôle devant être joué par les cours dans l'administration gouvernementale. Selon moi, cette façon de voir le contrôle judiciaire dans le contexte administratif n'a plus sa place compte tenu de la complexité du rôle des tribunaux administratifs dans l'État canadien contemporain. Je crois en effet qu'il nous faut effectuer un retour à l'arrêt *S.C.F.P.* et à l'esprit qu'il traduit.

La décision de la Commission est-elle manifestement déraisonnable?

L'unique question à aborder dans le présent pourvoi est celle de savoir si la décision de la Labour Relations Board (la «Commission») de Terre-Neuve est manifestement déraisonnable. Puisque ma collègue le juge McLachlin reproduit les dispositions législatives pertinentes, je ne les reprends pas ici. La disposition clé est l'art. 89 de *The Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, ch. 64 et modifications, de Terre-Neuve. Nous nous trouvons en fait devant une question d'interprétation. Plus précisément, nous devons nous demander si les mots [TRADUCTION] «lorsqu'un employeur vend, loue, transfère ou aliène par d'autres moyens, ou convient de vendre, de louer, de transférer ou d'aliéner par d'autres moyens son entre-

otherwise dispose of his business or the operations thereof or any part of either of them . . .” cover the practice of “double breasting”.

Section 89 is designed to prevent the loss of union protection by employees whose company’s business is sold or transferred to another business concern. This provision, known colloquially as a “successor provision” is found in other labour relations statutes, *cf.*, Alberta, *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 44; Manitoba, *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 59; Nova Scotia, *Trade Union Act*, S.N.S 1972, c. 19, s. 29; Ontario, *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 63; Saskatchewan, *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, c. T-17, s. 37; and Canada, *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 45. The provisions exist to protect collective bargaining agreements from becoming meaningless due to, *inter alia*, the manipulation of the corporate form by employers. Such manipulation can be accomplished by a variety of means and the appellant submitted that “double breasting” was one of them. It was this situation the Board had to address.

“Double breasting” is apparently a common practice in the construction industry in Newfoundland. One company, which continues to carry on business subject to a union contract, creates a new parallel company which is non-union. In this way the owners of the companies can bid on both union and non-union jobs and utilize the skill and expertise of the key members of their staff on both. If the practice falls outside s. 89 the new company is not bound by the existing collective agreement. The Board found that “double breasting” fell within s. 89.

McLachlin J. characterizes the arrangement between the companies Lester and Planet as one of co-operation, “a sharing of expertise”, and not one in which any disposition of work, assets or exper-

prise ou l’exploitation de celle-ci ou toute partie de l’entreprise ou de son exploitation [. . .]», s’applique à la pratique d’exploitations à «double volet».

L’article 89 vise à empêcher la perte de leur protection syndicale par les employés d’une société dont l’entreprise est vendue ou transférée à une autre entreprise commerciale. Ce type de disposition, dite dans le langage familier «disposition sur l’obligation du successeur», se retrouve dans d’autres lois en matière de relations du travail, *cf.*, Alberta, *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 44; Manitoba, *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 59; Nouvelle-Écosse, *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, ch. 19, art. 29; Ontario, *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 63; Saskatchewan, *The Trade Union Act*, R.S.S. 1978, ch. T-17, art. 37; et Canada, *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 45. La raison d’être de ces dispositions est de faire en sorte que les conventions collectives ne soient pas vidées de tout sens, notamment par suite de manipulations de la personnalité morale pratiquées par les employeurs. De telles manipulations peuvent se faire de différentes manières, dont, a soutenu l’appelante, les exploitations à «double volet». C’est sur ce dernier cas qu’avait à se pencher la Commission.

Le recours à des exploitations à «double volet» semble être une pratique courante dans l’industrie de la construction à Terre-Neuve. Une société qui continue à exploiter une entreprise soumise à une convention collective crée une société parallèle dont les employés ne sont pas syndiqués. Cela permet aux propriétaires des deux sociétés de soumissionner tant à l’égard des travaux à effectuer par des ouvriers syndiqués qu’à l’égard de ceux à accomplir par des ouvriers non syndiqués, et de se servir dans l’un et l’autre cas de la compétence et du savoir-faire de leurs employés clés. Or, si cette pratique échappe à l’application de l’art. 89, la nouvelle société n’est pas liée par la convention collective en vigueur. La Commission a conclu que l’art. 89 visait les exploitations à «double volet».

D’après le juge McLachlin, les rapports entre les sociétés Lester et Planet se caractérisent par la collaboration, le «partage de savoir-faire», et il ne s’agit pas d’un cas où il y eu aliénation de travaux,

tise had taken place under s. 89 of the Act. She finds that, even if the expertise of the principals Brent and Wade Lester was a corporate asset, it was equally the asset of both companies. There was no transfer of it from one to the other. My colleague arrives at this characterization despite the Board's factual finding that skills and assets were shuttled back and forth between the two companies as particular projects required. The Court of Appeal described the process as "mutual back scratching".

With respect, I ask: how do you transfer the skill and expertise of X from Company A to Company B other than by making X available to Company B to work on Company B projects? There is no other way. Mode of transfer must surely depend upon the nature of the subject matter. While Brent and Wade Lester were applying their skill and expertise on the non-union project of Planet, such skill and expertise was not available for the union project of Lester and the mobility of these two principals was at the very heart of the double breasting scheme.

My colleague takes a narrow approach to the interpretation of the phrase "otherwise disposes of". The Board gave the phrase a more liberal interpretation in light of what it perceived to be the purpose of the provision. I do not believe that just because the Board gave the phrase a broader interpretation than that given to it in some other jurisdictions means that its interpretation is patently unreasonable. It is clearly arguable that the Board's interpretation is consonant with the purpose and intent of the overall legislative scheme, i.e., to facilitate and preserve collective bargaining regimes between unions and employers. It is, I believe, significant in this connection that the labour relations statutes in some other jurisdictions referred to by my colleague contain common employer provisions which the Newfoundland statute does not. That being so, it is not at all surprising to me that it has not been found necessary in these other jurisdictions to construe a s. 89 type provision liberally as was done by the Board here.

de biens ou de savoir-faire, au sens de l'art. 89 de la Loi. Elle dit que, même si le savoir-faire des directeurs Brent et Wade Lester constituait un bien appartenant à une société, c'en était un que les deux sociétés se partageaient également. Il n'a pas été transféré de l'une à l'autre. Ma collègue arrive à cette caractérisation en dépit de la conclusion de fait de la Commission que savoir-faire et biens passaient d'une société à l'autre selon les besoins des travaux en cours. Il s'agit là d'un procédé que la Cour d'appel a qualifié de [TRA-
DUCTION] «échange de bons procédés».

Avec égards, je me demande comment la société A peut transférer à la société B la compétence et le savoir-faire de X autrement qu'en mettant celui-ci à la disposition de la société B pour qu'il puisse travailler sur les chantiers de cette dernière. Il n'y a pas d'autre moyen. Les modalités du transfert doivent assurément dépendre de ce qui fait l'objet de ce transfert. Pendant que Brent et Wade Lester se servaient de leur compétence et de leur savoir-faire sur le chantier non syndiqué de Planet, le chantier syndiqué de Lester ne pouvait en bénéficier, et la mobilité de ces deux directeurs se trouvait au cœur même de l'exploitation à double volet ici en cause.

Ma collègue interprète restrictivement l'expression «aliène par d'autres moyens». La Commission pour sa part y a donné une interprétation plus libérale en tenant compte de ce qu'elle considérait être l'objet de la disposition. À mon avis, le seul fait que l'interprétation de la Commission soit plus large que celle d'autres juridictions ne rend pas cette interprétation manifestement déraisonnable. De toute évidence, on peut soutenir que l'interprétation de la Commission concorde avec l'objet et le but de l'ensemble du plan législatif, qui sont de faciliter l'établissement de régimes de négociation collective entre syndicats et employeurs et de maintenir ces régimes. Je tiens pour révélateur à cet égard que les lois en matière de relations du travail en vigueur dans d'autres ressorts mentionnés par ma collègue contiennent des dispositions relatives à l'employeur unique, ce qui n'est pas le cas de la loi terre-neuvienne. Cela étant, je ne vois rien de surprenant à ce qu'on n'ait pas jugé nécessaire dans ces autres ressorts de donner à des

The provision must, however, be construed in the context of this statute and not of any other. In my view, the Board's interpretation of s. 89, in the absence of a common employer provision, cannot be said to be patently unreasonable.

In applying the test of patent unreasonableness it is important to remember that the test is a stringent one. As Lamer J. (as he then was) observed in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, at p. 493:

This is a very severe test and signals a strict approach to the question of judicial review. It is nevertheless the test which this Court has applied and continues to apply.

In other words, the test of patent unreasonableness establishes a very high threshold which means that an administrative tribunal's interpretation of the legislation in question will only be considered patently unreasonable if, as Dickson C.J. stated in *C.U.P.E.* at p. 237, it "cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review."

It is a necessary corollary of the *C.U.P.E.* test that the courts must "adopt a posture of deference to the decisions of the tribunal": see *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983, at p. 1003, *per* La Forest J. One of the implications of such deference is that judicial review is not available simply because there is disagreement over the tribunal's decision on the basis of conflicting interpretations of the relevant legislation. In this regard, I agree with, and find appropriate, the view expressed by Laskin C.J., in *Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte*, [1982] 1 S.C.R. 710, at p. 724, that

... mere doubt as to correctness of a labour board interpretation of its statutory power is no ground for finding jurisdictional error, especially when the labour board is exercising powers confided to it in wide terms to resolve competing contentions.

dispositions semblables à l'art. 89 une interprétation libérale, comme l'a fait la Commission en l'espèce. L'article 89 doit toutefois s'interpréter dans le seul contexte de la loi présentement en cause. À mon avis, en l'absence d'une disposition relative à l'employeur unique, l'interprétation qu'a donnée la Commission à l'art. 89 ne saurait être qualifiée de manifestement déraisonnable.

a Aux fins de l'application du critère du caractère manifestement déraisonnable, il importe de se rappeler qu'il s'agit d'un critère sévère. Ainsi que le fait remarquer le juge Lamer (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, à la p. 493:

C'est là un test très sévère et qui marque une approche restrictive en ce qui concerne le contrôle judiciaire. C'est pourtant le test que cette Cour a appliqué et applique encore.

d En d'autres termes, le critère du caractère manifestement déraisonnable établit un seuil très élevé, ce qui veut dire que l'interprétation donnée par un tribunal administratif à la loi en question ne sera jugée manifestement déraisonnable que si, comme le dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *S.C.F.P.*, à la page 237, elle ne peut «rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et [qu'elle exige] une intervention judiciaire».

f Il découle nécessairement du critère énoncé dans l'arrêt *S.C.F.P.* qu'il incombe aux tribunaux d'adopter une attitude de retenue à l'égard des décisions du tribunal administratif: voir *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983, à la p. 1003, le juge La Forest. Cette retenue implique notamment que le seul désaccord avec la décision du tribunal, fondé sur une interprétation différente du texte législatif pertinent, ne donne pas lieu au contrôle judiciaire. Sur ce point, je partage et je juge pertinent l'avis exprimé par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte*, [1982] 1 R.C.S. 710, à la p. 724 où il affirme:

... qu'un simple doute quant à l'exactitude d'une interprétation donnée par un conseil des relations du travail au sujet des pouvoirs que la loi lui attribue ne constitue pas un motif suffisant pour conclure à une erreur de compétence, spécialement si ce conseil exerce les pouvoirs qui lui sont conférés, en termes généraux, de résoudre des prétentions contradictoires.

In applying these principles in the instant case, I am of the view that the stringent test in *C.U.P.E.* has not been met. While my colleague supports one interpretation of the section, it is by no means the only interpretation the provision can reasonably bear. Indeed, the broad interpretation given to it by the Board has the merit of advancing the clear purpose of the Act. It is, in other words, an interpretation “rationally supported by the relevant legislation” and deserving, in my view, of the deference mandated by *C.U.P.E.* I am mindful of La Forest J.’s observation in *CAIMAW*, *supra*, at p. 1003, that a

... tribunal has the right to make errors, even serious ones, provided it does not act in a manner “so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review”.

The limited nature of judicial review is supported, in my view, by the presence in the Act of a privative clause, s. 18. The existence of such a clause is, as I observed in *National Corn Growers*, a clear indication from the legislature that the ordinary courts are not the appropriate forums for review of the decisions of specialized tribunals. It is not appropriate for courts to undertake a meticulous analysis of the tribunal’s reasoning as my colleague has done here. To do so sets at naught both the privative clause in the legislation and the judicial restraint advocated in *C.U.P.E.*

In my view, the application of the principle in *C.U.P.E.* to the instant case requires this Court to defer to the decision of the Board. The Board’s interpretation of s. 89 is not patently unreasonable in the context of the Act and ought to stand. While much of the evidence was equivocal regarding the specifics of the relationship between Lester and Planet, there was certainly evidence upon which the Board could reasonably conclude, as it did, that the skill and expertise of the principals Brent and Wade Lester were transferred back and forth between the two companies in order to enable

Appliquant ces principes à la présente espèce, j’estime que le critère sévère énoncé dans l’arrêt *S.C.F.P.* n’a pas été respecté. Bien que ma collègue penche pour une certaine interprétation de l’article en cause, ce n’est pas là l’unique interprétation qu’il puisse raisonnablement admettre. De fait, l’interprétation large que lui a donnée la Commission a ceci de méritoire qu’elle tend à la réalisation de l’objet manifeste de la Loi. Il s’agit, en d’autres termes, d’une interprétation qui s’appuie «rationnellement sur la législation pertinente» et qui mérite, selon moi, que l’on fasse preuve à son égard de la retenue commandée par l’arrêt *S.C.F.P.* J’ai présente à l’esprit l’observation faite par le juge La Forest dans l’arrêt *CAIMAW*, précité, à la p. 1003, où il affirme qu’un

... tribunal a le droit de commettre des erreurs, même des erreurs graves, pourvu qu’il n’agisse pas de façon «déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s’appuyer sur la législation pertinente et d’exiger une intervention judiciaire».

La nature limitée du recours au contrôle judiciaire est appuyée, à mon avis, par l’existence dans la Loi d’une clause privative, savoir l’art. 18. La présence d’une telle clause constitue, comme je l’ai fait observer dans l’affaire *National Corn Growers*, une indication claire de la part du législateur que ce n’est pas aux cours ordinaires de contrôler les décisions de tribunaux spécialisés. Il ne convient pas en effet que les cours entreprennent, comme l’a fait ma collègue en l’espèce, une analyse minutieuse du raisonnement du tribunal administratif, car ce serait là ne faire cas ni de la clause privative que renferme le texte législatif ni de la retenue judiciaire préconisée dans l’arrêt *S.C.F.P.*

À mon avis, l’application du principe posé dans l’arrêt *S.C.F.P.* à la présente espèce exige que notre Cour se rende à la décision de la Commission. L’interprétation que cette dernière a donnée à l’art. 89 n’est pas manifestement déraisonnable dans le contexte de la Loi et elle devrait être maintenue. Si la preuve a été en grande partie équivoque en ce qui concerne la nature exacte des rapports entre Lester et Planet, il existait certainement des éléments de preuve sur lesquels la Commission pouvait raisonnablement se fonder pour conclure, comme elle l’a fait, que la compétence et

them to bid on both union and non-union jobs and to carry these jobs to completion.

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Newfoundland Court of Appeal and restore the decision of Russell J. I would award the respondents their costs both here and in the court below.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting)—With the benefit of both Justice Wilson's and Justice McLachlin's reasons, and although I agreed with my colleague Justice Gonthier's approach on curial deference in *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, and still hold the same view, I join my colleague Wilson J. in the present appeal on the issue of the reasonableness of the Newfoundland Labour Relations Board's decision. As she does, and for the reasons she expresses, I find that the Board's decision was not patently unreasonable in the context of the Act.

I would therefore allow the appeal and dispose of the matter as suggested by my colleague Wilson J.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

MCLACHLIN J.—This case involves the application of successorship provisions of the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, c. 64, as amended, to two construction companies possessing similar share ownership and principals and operating side by side. One company was bound by a collective agreement, the other not. The question is whether under the Act the collective agreement is deemed to apply to the second company under the Act.

le savoir-faire des directeurs Brent et Wade Lester ont fait l'objet de transferts entre les deux sociétés afin de permettre à celles-ci de soumissionner aussi bien relativement aux travaux à exécuter par des ouvriers syndiqués que relativement à ceux à exécuter par des travailleurs non syndiqués, et de mener à bien ces travaux.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de Terre-Neuve et de rétablir la décision du juge Russell. J'adjugerais aux intimées leurs dépens en notre Cour et en Cour d'appel.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente)—Ayant eu le bénéfice des motifs des juges Wilson et McLachlin et, bien que j'aie été d'accord et le sois encore avec l'approche de mon collègue le juge Gonthier dans l'arrêt *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, en ce qui concerne la déférence envers les tribunaux spécialisés, je partage ici l'opinion de ma collègue le juge Wilson sur la question du caractère raisonnable de la décision du Labour Relations Board (la «Commission») de Terre-Neuve. Comme elle et pour les mêmes motifs, je conclus que la décision de la Commission n'était pas manifestement déraisonnable dans le contexte de la loi ici en cause.

J'accueillerais donc le pourvoi et j'en disposerais comme le propose ma collègue le juge Wilson.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE MCLACHLIN—Le présent pourvoi porte sur l'application des dispositions relatives à l'obligation du successeur de *The Labour Relations Act, 1977*, S.N. 1977, ch. 64, et modifications de Terre-Neuve, à deux sociétés de construction ayant à peu de choses près les mêmes actionnaires et les mêmes directeurs et exploitées côte à côte. Une seule des deux sociétés était liée par une convention collective. Il s'agit de déterminer si, en vertu de la Loi, la convention collective est réputée s'appliquer à la deuxième société.

The Facts

W.W. Lester (1978) Ltd., incorporated in 1978, is primarily engaged in the business of installing plumbing and heating systems, with limited involvement in other areas, such as mechanical work, construction work and real estate. The principals in Lester are Walter Lester, the majority shareholder who controls the voting preferred shares, and his two sons, Brent and Wade, who hold the common shares. Lester's employees are represented by the appellant union "United" which has a collective agreement with Lester.

In 1981, the Lester brothers decided that they wanted more control over their affairs, and wished to avoid the real estate and other construction work which Lester carried out, concentrating solely on mechanical work. Accordingly, the Lesters incorporated a second company, Planet Development Corporation Ltd., in which father and the two sons each hold one third of the shares.

The two companies, along with two other companies owned by the family, work out of the same office and share the same secretary, telephone number and office expenses. Apart from the secretary, the companies have separate employees. While a minor amount of equipment is shared between the two companies by renting the equipment to each other, Planet and Lester each own or lease their own equipment. The finances of the companies are separate but when Planet is required to provide a performance bond, a guarantee may be provided by Brent, Wade and Walter Lester and the associated companies. Wade Lester acts as an estimator for both companies. Brent Lester prepares bids for both companies. In most instances general contractors invite Brent Lester to prepare bids by either Lester or Planet, depending on whether the job in question is a union or non-union construction site.

Planet successfully bid on several projects including Burin Hospital, Fisheries College,

Les faits

W.W. Lester (1978) Ltd., constituée en 1978, se livre principalement à la pose d'installations sanitaires et de chauffage, et de façon limitée à des activités dans d'autres domaines, notamment ceux de la mécanique, de la construction et de l'immobilier. Les directeurs de Lester sont Walter Lester, actionnaire majoritaire qui détient les actions privilégiées avec droit de vote, et ses deux fils, Brent et Wade, qui détiennent les actions ordinaires. Les employés de Lester sont représentés par l'appellante, «l'Association unie» qui a conclu une convention collective avec Lester.

En 1981, les frères Lester ont décidé de prendre davantage leur affaire en main tout en évitant les domaines de la construction immobilière et des autres travaux de construction dont s'occupait Lester pour se concentrer uniquement sur les travaux mécaniques. Les Lester ont donc constitué une deuxième société, Planet Development Corporation Ltd., dont le père et les deux fils détiennent chacun un tiers du capital-actions.

Les deux sociétés, de même que deux autres sociétés appartenant à la famille, ont leur siège au même bureau et partagent les services de la même secrétaire, le même numéro de téléphone et les frais de bureau. Exception faite de la secrétaire, les sociétés ont des employés distincts. Même si les deux sociétés Planet et Lester partagent en se louant entre elles une petite partie du matériel, elles sont l'une et l'autre propriétaires ou locataires de leur propre matériel. Les ressources financières des deux sociétés sont distinctes, mais lorsque Planet doit fournir un cautionnement d'exécution, une garantie peut être fournie par Brent, Wade et Walter Lester et par les sociétés apparentées. Wade Lester agit à titre d'estimateur pour les deux sociétés. Brent Lester prépare les soumissions pour les deux sociétés. Dans la plupart des cas, les entrepreneurs de construction invitent Brent Lester à préparer des soumissions pour le compte de Lester ou de Planet, selon que le chantier de construction en cause est syndiqué ou non syndiqué.

Planet a soumissionné avec succès à l'égard de plusieurs projets, y compris l'hôpital de Burin, le

School of Nursing and a Fishery Products Plant. These projects were not available to Lester. Conversely, Lester bid on projects that were not available to Planet. For example, Lester obtained a hospital contract (Clarenville) which was not available to Planet as the Clarenville hospital site was a union project.

Prior to the hearing of this matter, the community of Marystown was awaiting the construction of another hospital, the Burin Hospital. Brent Lester was asked to bid the Burin project with Planet and Planet obtained the mechanical subcontract. The Burin project was the catalyst that resulted in the labour hearing in question.

The union began by attempting to organize the employees working at the Burin site and brought an application for certification. It appears that the workers at the Burin site did not favour certification, and the union withdrew the application shortly before the hearing. In its place the union deposited an application alleging unfair labour practices. Its complaint alleged that Lester had violated ss. 24 and 25 of *The Labour Relations Act, 1977* by informing union members that the only way they could work at the Burin site would be to drop out of the union. The union also sought a declaration of successorship pursuant to s. 89 of the Act for an order that Planet be bound by the collective agreement in existence between the union and the Newfoundland Construction Labour Relations Association, the accredited bargaining agent of Lester. At the same time, the companies laid a complaint alleging that union harassment of the employees working at the Burin site violated s. 28 of the Act.

All of the applications were heard at the same time. The Board granted the successorship declaration (one Board member dissenting) and found it unnecessary to make findings on the other applications.

Fisheries College, la School of Nursing et une usine de traitement du poisson. Ces projets n'étaient pas accessibles à Lester. Par contre, Lester a soumissionné à l'égard de projets qui n'étaient pas accessibles à Planet. Ainsi, Lester a obtenu un contrat de construction d'un hôpital (à Clarenville) qui était inaccessible à Planet puisque le chantier de construction de l'hôpital de Clarenville était un projet syndiqué.

Avant que la présente cause ne soit entendue, la collectivité de Marystown attendait la construction d'un autre hôpital, l'hôpital de Burin. On a invité Brent Lester à soumissionner à l'égard du projet de Burin pour le compte de Planet, et cette société a obtenu la sous-traitance des travaux mécaniques. Le projet de Burin a joué le rôle d'un catalyseur dans le différend ouvrier en question.

Le syndicat a tout d'abord tenté de mobiliser les employés qui travaillaient au chantier de Burin et il a déposé une demande d'accréditation syndicale. Il semble que les travailleurs du chantier de Burin n'étaient pas favorables à l'accréditation; le syndicat a donc retiré sa demande peu de temps avant l'audience. Le syndicat lui a substitué une requête alléguant des pratiques déloyales de travail. Dans sa plainte, il a prétendu que Lester avait contrevenu aux art. 24 et 25 de *The Labour Relations Act, 1977* en avisant des membres du syndicat que la seule façon pour eux de travailler au chantier de Burin était de se retirer du syndicat. Le syndicat a également demandé une déclaration reconnaissant l'application de l'obligation du successeur en vertu de l'art. 89 de la Loi en vue d'une ordonnance portant que Planet était liée par la convention collective en vigueur entre le syndicat et la Newfoundland Construction Labour Relations Association, l'agent négociateur accrédité de Lester. Au même moment, les sociétés ont présenté une plainte dans laquelle elles prétendaient que le harcèlement, par le syndicat, des employés engagés au chantier de Burin contrevenait à l'art. 28 de la Loi.

Toutes les requêtes ont été entendues en même temps. La Commission a accordé la déclaration reconnaissant l'application de l'obligation du successeur (un membre de la Commission était dissident) et jugé qu'il était inutile de se prononcer sur les autres requêtes.

The companies applied to the Trial Division of the Newfoundland Supreme Court for an order of *certiorari* to quash the Board order. Before the Trial Division the companies argued that the Board had no jurisdiction to make such a declaration and, in the alternative, if it had jurisdiction that it had exercised its jurisdiction in a manner that was patently unreasonable. Russell J. denied the application. On further appeal the Court of Appeal in a unanimous decision held that the Board's decision was patently unreasonable. The Court remitted the matter of the unfair labour practices to the Board. Leave to appeal to this Court on the successorship issue was granted on June 8, 1989.

The Legislation

The Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, ss. 16.1(2), 17(k), 18(1) and 89:

16.1 ...

(2) A trade union, council of trade unions, employer or employer's organization may apply to the Board for a determination of any matter referred to in paragraph (k) of section 17.

17. In relation to any proceeding before it, or to determine any matter referred to it by the Minister, or pursuant to an application made to it, the Board may

(k) decide for all of the purposes of this Act any question that may arise in a proceeding, or pursuant to an application made to it, or referred to it by the Minister, including, without limiting the generality of the foregoing, any question as to whether

(vii) any person or organization is a party to or bound by a collective agreement,

(viii) a collective agreement is in operation ...

18. (1) No decision, order, direction, declaration or ruling of the Board shall be questioned or reviewed in any court, and no order shall be made or process entered or proceedings taken in any court, whether by way of injunction, declaratory judgment, *certiorari*, *mandamus*,

Les sociétés ont demandé à la section de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve de décerner un bref de *certiorari* pour casser l'ordonnance de la Commission. Devant la Section de première instance, les sociétés ont prétendu que la Commission n'avait pas compétence pour prononcer une telle déclaration et que, subsidiairement, si elle avait compétence, elle l'avait exercée d'une façon manifestement déraisonnable. Le juge Russell a rejeté la demande. Saisie de l'affaire, la Cour d'appel a, dans une décision unanime, conclu que la décision de la Commission était manifestement déraisonnable. La Cour a renvoyé la question des pratiques déloyales de travail à la Commission. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour sur la question de l'obligation du successeur a été accordée le 8 juin 1989.

Les textes législatifs

Le paragraphe 16.1(2), l'al. 17k), le par. 18(1) et l'art. 89 de *The Labour Relations Act, 1977* de Terre-Neuve, portent:

[TRADUCTION] 16.1 ...

(2) Un syndicat, un conseil de syndicats, un employeur ou une association patronale peut demander à la Commission de se prononcer sur toute question visée à l'alinéa k) de l'article 17.

17. Dans le cadre de toute procédure engagée devant elle, ou à l'égard de toute question qui lui est présentée par le ministre ou par voie de requête, la Commission peut

k) trancher, pour toutes les fins visées par la présente loi, toute question qui peut être posée au cours d'une procédure, ou à l'occasion d'une requête ou d'un renvoi par le ministre, notamment toute question où il s'agit de déterminer si

(vii) une personne ou un organisme est partie à une convention collective ou est lié par celle-ci,

(viii) une convention collective est en vigueur ...

18. (1) Aucune décision, ordonnance, directive ou déclaration de la Commission n'est susceptible de contestation ou de révision devant un tribunal; aucune ordonnance ne peut être rendue, aucune action intentée et aucune procédure entamée devant un tribunal, par

prohibition, *quo warranto*, or otherwise, to question, review, prohibit or restrain the Board or any of its proceedings.

89. (1) Where an employer sells, leases, transfers or otherwise disposes of, or agrees to sell, lease, transfer or otherwise dispose of his business or the operations thereof or any part of either of them, and

- (a) the employer or the purchaser, lessee, transferee or person otherwise acquiring the business is a party to or is bound by a collective agreement with a bargaining agent on behalf of any employees affected by the sale, lease, transfer, disposition by other means or contract;
- (b) one or more bargaining agents have been certified as bargaining agent for any such employees;
- (c) one or more trade unions or a council of trade unions has applied to be certified as bargaining agent for any such employees; or
- (d) one or more bargaining agents have given or are entitled to give notice under either section 72 or section 73 with respect to any such employees,

then, unless the Board otherwise directs, the collective agreement, certification, application, notice or entitlement to give notice continues in force and is binding upon the purchaser, lessee, transferee or person otherwise acquiring the business.

(2) Any employer, purchaser, lessee, transferee or any bargaining agent, trade union or council of trade unions or other person referred to in subsection (1) may apply to the Board for the resolution of any question or problem that as a result of such sale, lease, transfer or disposition has arisen or may arise with respect to any collective agreement, certification, application, notice or entitlement to give notice.

(3) Where an application is made under subsection (2), the Board shall, by order, make whatever award, give whatever direction, or take any other action that in its discretion the Board deems appropriate, to resolve any relevant question or problem and in particular, but without limiting the generality of the foregoing, may in that or a subsequent order

- (a) modify or rescind to the extent that the Board deems necessary or appropriate any collective agreement;

voie d'injonction, de jugement déclaratoire, de certiorari, de mandamus, de prohibition, de *quo warranto* ou autrement, pour contester, réviser, supprimer ou restreindre les pouvoirs de la Commission ou l'une quelconque de ses procédures.

89. (1) Lorsqu'un employeur vend, loue, transfère ou aliène par d'autres moyens, ou convient de vendre, de louer, de transférer ou d'aliéner par d'autres moyens son entreprise ou l'exploitation de celle-ci ou toute partie de l'entreprise ou de son exploitation, et

- a) que l'employeur ou l'acquéreur, le preneur à bail, le cessionnaire ou la personne qui acquiert par d'autres moyens l'entreprise est partie à une convention collective ou est lié par cette convention collective conclue par un agent négociateur au nom d'employés touchés par la vente, la location, le transfert, l'aliénation par d'autres moyens ou par contrat;
- b) qu'un ou plusieurs agents négociateurs ont été accrédités comme agent négociateur de ces employés;
- c) qu'un ou plusieurs syndicats ou qu'un conseil de syndicats ont demandé à être accrédités comme agent négociateur de ces employés; ou
- d) qu'un ou plusieurs agents négociateurs ont donné ou ont le droit de donner l'avis visé à l'article 72 ou à l'article 73 à l'égard de ces employés,

sous réserve d'une directive contraire de la Commission, la convention collective, l'accréditation, la demande, l'avis ou le droit de donner l'avis demeure en vigueur et lie l'acquéreur, le preneur à bail, le cessionnaire ou la personne qui acquiert l'entreprise par d'autres moyens.

(2) Tout employeur, acquéreur, preneur à bail, cessionnaire, agent négociateur, syndicat ou conseil de syndicats ou toute autre personne visée au paragraphe (1) peut demander à la Commission de trancher toute question ou tout problème qui s'est posé ou qui pourrait se poser par suite de la vente, de la location, du transfert ou de l'aliénation, à l'égard de quelque convention collective, accréditation, demande, avis ou droit de donner un avis.

(3) Lorsqu'elle est saisie d'une requête présentée sous le régime du paragraphe (2), la Commission, par voie d'ordonnance, accorde toute réparation, donne toute directive ou prend toute autre mesure qu'à sa discrétion elle estime appropriée pour résoudre toute question ou tout problème pertinent; elle peut notamment, dans cette ordonnance ou dans une ordonnance subséquente,

- a) modifier ou annuler toute convention collective de la manière qu'elle estime nécessaire ou appropriée;

- (b) amend or revoke any certification or amend any application for certification;
- (c) modify or restrict the operation of any notice or entitlement to give notice;
- (d) determine whether employees affected constitute one or more appropriate bargaining units;
- (e) if more than one collective agreement is to continue in force, designate the employees that are to be covered by each agreement;
- (f) modify or restrict the operation or effect of any provision of any collective agreement and define the rights with respect thereto of any employees affected by the sale, lease, transfer or disposition by other means;
- (g) declare which trade union, trade unions or council of trade unions shall be the bargaining agent or agents for the employees; and
- (h) interpret any provision of any collective agreement.
- (4) Notwithstanding anything to the contrary in this Act, a purchaser, lessee, transferee or person otherwise acquiring the business shall not be required to bargain with any bargaining agent with respect to employees to whom an application made under subsection (2) relates, until the Board has disposed of that application.
- (5) Where an application is made under subsection (2), the Board may make or cause to be made any examination of records or other inquiries, and may hold any hearings and take any representation votes, that it deems necessary and prescribe the nature of evidence to be furnished by the Board.

The Judgments

Newfoundland Labour Relations Board

The majority reviewed the evidence and then referred to one of its earlier decisions in *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904* (1985), 55 Nfld. & P.E.I.R. 117, in which a successorship application was successful in the construction context. The majority then went on to determine whether or not there had been a disposition in this case.

Initially, the Board examined the relationship between the two companies and noted that in making a determination of whether or not there

- b) modifier ou révoquer toute accréditation ou modifier toute demande d'accréditation;
- c) modifier tout avis ou tout droit de donner un avis ou en restreindre l'effet;
- d) déterminer si les employés visés constituent une ou plusieurs unités de négociation appropriées;
- e) dans le cas où plusieurs conventions collectives demeurent en vigueur, désigner les employés visés par chacune;
- f) modifier ou restreindre l'application ou l'effet de toute disposition d'une convention collective et définir à l'égard de celle-ci les droits des employés touchés par la vente, par la location, par le transfert ou par l'aliénation par d'autres moyens;
- g) désigner le ou les syndicats ou le conseil de syndicats qui seront le ou les agents négociateurs des employés; et
- h) interpréter toute disposition d'une convention collective.
- (4) Nonobstant toute disposition contraire de la présente loi, nul acquéreur, preneur à bail, cessionnaire ou personne qui acquiert l'entreprise par d'autres moyens ne sera tenu de négocier avec quelque agent négociateur à l'égard d'employés visés par une requête présentée sous le régime du paragraphe (2), avant que la Commission n'ait tranché la requête.

(5) Lorsqu'une requête est présentée sous le régime du paragraphe (2), la Commission peut entreprendre ou commander tout examen des dossiers ou toute autre enquête, tenir toute audience et prendre tout vote de représentation qu'elle estime nécessaire, et prescrire la nature des éléments de preuve qui doivent être produits.

8 Les jugements

Labour Relations Board de Terre-Neuve

Après examen de la preuve, les membres majoritaires ont renvoyé à l'une des décisions antérieures de la Commission dans l'affaire *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904* (1985), 55 Nfld. & P.E.I.R. 117, qui avait fait droit à une demande de reconnaissance de l'obligation du successeur dans le contexte de la construction. Les membres de la majorité ont ensuite abordé la question de savoir s'il y avait eu aliénation en l'espèce.

La Commission a tout d'abord examiné la relation entre les deux sociétés et souligné que lorsqu'il s'agit de déterminer s'il y a eu vente, transfert ou

has been a sale, transfer or disposition, boards are not overly concerned with the "technical, legal form of the business disposition", particularly in the construction industry where the only assets required to carry on a business may be the skill and expertise of the principals. The Board summarized the evidence as follows:

It seems clear to us that there is a discernable continuity in the business or a part of it, and that Planet does not represent a new or different operation totally unconnected with the old. Lester came into being in 1978 and Planet came into being in 1981. The nature of the work carried on by both is the same. For example, Lester built the hospital at Clarenville and Planet built an identical hospital in Burin. The tools of the trade are the same, the skills of the workers are the same, the types of projects on which they bid are the same, the planning, engineering, technical and estimating skills are the same. The one significant difference is that one project is bid using union labour rates, while another is bid using non-union labour rates. The only conclusion we can come to is that the controlling forces (the Lesters) wish to be able to operate without the constraints and obligations of a collective agreement whenever it is economically convenient for them to do so. The danger is of course that in adopting this method of operation one may run afoul of the provisions of Section 89 of our Act. In the Pinsent case, board member McDonald observed in his addendum that "uncontradicted evidence in the Pinsent case clearly established that the only reason for the establishment of N. & L. Construction was to secure business that Pinsent was unable to secure through the advantage of non-union wage rates". He went on to empathize with the plight of private sector operators and this Board shares these views. However, almost all of the factors which persuaded the Board in the Pinsent case are present here. We have already discussed the "winding down" factor and have found that not to be determinative of the issue. The one factor which was stressed by counsel for the companies in this case was that no employees of Lester went to the Burin job. While in some cases this may be very persuasive, in the construction industry, it is of little or no weight. If this were to be a determining factor, all one would have to do is lay off employees when one project is finished, and then take on another project

aliénation, les commissions ne se soucient pas outre mesure de la [TRADUCTION] «forme juridique particulière de l'aliénation de l'entreprise», tout particulièrement dans l'industrie de la construction où il arrive que les seuls éléments d'actif nécessaires à l'exploitation d'une entreprise soient la compétence et le savoir-faire des directeurs. La Commission a résumé la preuve dans les termes suivants:

[TRADUCTION] Il nous semble clair qu'il y a une continuité perceptible dans l'entreprise ou dans une partie de celle-ci, et que Planet ne représente pas une exploitation nouvelle ou différente sans aucun lien avec l'ancienne. Lester a été créée en 1978, et Planet en 1981. La nature des travaux effectués par l'une et l'autre est la même. Par exemple, Lester a construit l'hôpital à Clarenville et Planet a construit un hôpital identique à Burin. Les outils du métier sont les mêmes, les habiletés des travailleurs sont les mêmes, les types de projets visés par les soumissions sont les mêmes, les connaissances en matière de planification, d'ingénierie, de fonctionnement technique et d'estimation sont les mêmes. La seule différence importante est que dans un projet, les prix proposés sont calculés en tenant compte des taux syndiqués, tandis que dans l'autre, ils sont calculés en fonction de taux non syndiqués. La seule conclusion à laquelle nous pouvons arriver est que les maîtres d'œuvre (les Lesters) désirent être en mesure de fonctionner à l'extérieur des limites et des obligations d'une convention collective chaque fois qu'il leur est économiquement possible de le faire. Bien sûr, le danger de cette façon de procéder, c'est le risque de déroger aux dispositions de l'article 89 de notre Loi. Dans l'affaire Pinsent, le commissaire McDonald a noté dans ses motifs supplémentaires que «la preuve irréfutée dans l'affaire Pinsent établissait clairement que la seule raison motivant la constitution de N. & L. Construction était d'obtenir des travaux que Pinsent était incapable d'obtenir, grâce à l'avantage de taux non syndiqués». Il déclarait par la suite comprendre la situation critique des entrepreneurs du secteur privé, et la Commission partage ces opinions. Toutefois, pratiquement tous les facteurs qui ont convaincu la Commission dans l'affaire Pinsent se retrouvent en l'espèce. Nous avons déjà examiné le facteur de la «réduction progressive des activités» et nous avons conclu qu'il n'était pas déterminant en l'espèce. Le facteur qui a été souligné par l'avocat des sociétés en l'espèce est qu'aucun employé de Lester n'a travaillé au chantier de Burin. Même si dans certains cas ce facteur peut être très important, dans l'industrie de la construction, il a très peu de poids, s'il en a. Si ce facteur devait être déterminant, il suffirait, à la fin d'un projet, de

under a non-union bid, and hire new employees to do the new work.

The majority went on to find that successorship had occurred and ordered that Planet is bound by the collective agreement. Having reached this finding the Board found it unnecessary to deal with the unfair labour practice complaints.

J. V. McDonald in his minority decision strongly disagreed with the findings of the majority. In his view, before a successorship declaration can be made the union must establish that there has been a disposition of some identifiable and severable part of the predecessor's operation. Mr. McDonald stated that on the facts of this case he was unable to determine what distinct part of Lester's business had been transferred or otherwise disposed of to Planet. He noted that the majority in their decision did not identify what had been transferred or otherwise disposed of. It appeared to him that the majority was more concerned with establishing that Lester and Planet were one and the same, with the rationale being that if it could be found that the differences between the two were merely either superficial or imaginary, then one must be a successor to the other. Thus, in his view, the majority erroneously concluded that because of an apparently close relationship between the two companies in terms of ownership and control, one must by necessity be a successor of the other. Board member McDonald found that the evidence failed to establish that any coherent or severable part of Lester's business had been transferred to Planet and accordingly found that no disposition had occurred. He concluded:

I am left to wonder how the majority can so easily have disregarded the fact that Lester and Planet are two separate, active companies, and it is unclear to me, to say the least, how there can be any disposition such as the board describes when this is the case. I believe that the underlying rationale of the majority's decision is one that can only lead to awkward and unjust results, both

mettre à pied les employés, puis d'entreprendre un nouveau projet en soumissionnant à des taux non syndiqués et d'engager alors de nouveaux employés pour accomplir les nouveaux travaux.

Les membres majoritaires ont alors conclu qu'on était en présence d'un successeur et ils ont statué dans une ordonnance que Planet était liée par la convention collective. Compte tenu de cette conclusion, la Commission a estimé qu'il n'était pas nécessaire d'examiner les plaintes relatives aux pratiques déloyales de travail.

Dans ses motifs de dissidence, J. V. McDonald a exprimé vigoureusement son désaccord d'avec les conclusions de la majorité. À son avis, avant qu'on puisse conclure à l'existence de l'obligation du successeur, le syndicat doit établir qu'il y a eu aliénation d'une partie identifiable et séparable de l'entreprise du prédécesseur. Monsieur McDonald a affirmé qu'à la lumière des faits de l'espèce, il ne pouvait déterminer quelle partie distincte de l'entreprise de Lester avait été transférée ou aliénée par d'autres moyens en faveur de Planet. Il a souligné que dans leur décision, les membres majoritaires n'avaient pas identifié ce qui avait été transféré ou aliéné par d'autres moyens. Selon lui, les membres majoritaires cherchaient plutôt à établir que Lester et Planet étaient une seule et même entité, partant du principe que si l'on pouvait constater que les différences entre les deux n'étaient que superficielles ou fictives, il fallait conclure que l'une était le successeur de l'autre. Voilà pourquoi, à son avis, les membres majoritaires ont conclu erronément qu'en raison d'un lien apparemment étroit entre les deux sociétés en matière de propriété des actions et de contrôle, l'une devait nécessairement être le successeur de l'autre. Monsieur McDonald a conclu que la preuve n'avait pas réussi à établir qu'une partie cohérente et séparable de l'entreprise de Lester avait été transférée à Planet, et qu'il n'y avait donc pas eu aliénation. Voici la teneur de sa conclusion:

[TRADUCTION] Je me demande comment les membres majoritaires peuvent faire si facilement fi du fait que Lester et Planet sont deux sociétés distinctes et actives; de plus, je ne puis voir clairement, et c'est le moins que je puisse dire, comment il peut y avoir une aliénation comme celle qu'a décrite la Commission en pareil cas. Je crois que le raisonnement qui sous-tend la décision de la

in the present case and in others that may come before the Board in the future and, most importantly, is one which brings about a result which I believe was clearly not contemplated by the existing provisions of the Act.

Mr. McDonald also noted that the decision of the majority represented a dramatic alteration to the law and implied that in his view the majority decision was beyond the jurisdiction of the Board. He stated:

In my opinion, what the Board majority have ruled in the present case represents a significant departure from previous thinking and labour board jurisprudence. Indeed, with respect, I would go further and suggest that the majority have reached a conclusion which is inconsistent with both the relevant provisions of our Act and the evidence which was adduced before the Board during its hearings on this matter.

Newfoundland Supreme Court, Trial Division (Russell J.) (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 185

Two issues were put before Russell J.: (1) that the Board had no jurisdiction to determine whether or not a disposition had occurred and, (2) alternatively, if the Board had jurisdiction, that its decision was not rationally supported by the Act.

Russell J. held that the Board had jurisdiction under s. 17(k) of the Act.

On the merits, Russell J., after observing that the Board had considered the evidence and the representations of the parties and had based its conclusion that a transfer had occurred under the Act on a construction which the legislation might reasonably bear, denied Lester's application for *certiorari*.

Newfoundland Court of Appeal (Goodridge C.J.N., for the Court) (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 145

The Court of Appeal held that the while the language of ss. 89(1) and 17(k) left some doubt as to whether the Board technically had the jurisdic-

majorité ne peut que conduire à des résultats embarrassants et injustes, à la fois dans la présente affaire et dans celles dont la Commission peut être saisie à l'avenir; plus important encore, cette façon de voir entraîne un résultat qui, selon moi, n'était manifestement pas envisagé par les dispositions actuelles de la Loi.

Monsieur McDonald a également souligné que la décision de la majorité représentait une modification importante de la loi et laissé entendre qu'à son avis, la décision de la majorité excédait la compétence de la Commission. Il a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] À mon avis, la décision de la majorité de la Commission en l'espèce représente un écart important par rapport à la pensée antérieure et à la jurisprudence de la Commission. Avec égards, j'irais même jusqu'à dire que la majorité a adopté une conclusion qui est incompatible à la fois avec la disposition pertinente de notre Loi et avec les éléments de preuve produits devant la Commission au cours des audiences sur cette question.

La Cour suprême de Terre-Neuve, Section de première instance (le juge Russell) (1987), 67 Nfld. & P.E.I.R. 185

Le juge Russell a été saisi de deux points en litige: (1) la prétention selon laquelle la Commission n'avait pas compétence pour déterminer si une aliénation avait eu lieu et (2) subsidiairement, advenant que la Commission ait eu compétence, la prétention selon laquelle sa décision ne pouvait pas rationnellement s'appuyer sur la Loi.

Le juge Russell a conclu que la Commission avait compétence en vertu de l'al. 17k) de la Loi.

Puis, après avoir noté que la Commission avait étudié la preuve et les observations des parties et fondé sa conclusion qu'un transfert avait eu lieu en vertu de la Loi sur une interprétation qui pourrait rationnellement s'appuyer sur la législation, le juge Russell a rejeté sur le fond la demande de *certiorari* présentée par Lester.

La Cour d'appel de Terre-Neuve (le juge en chef Goodridge, pour la Cour) (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 145

La Cour d'appel a conclu que le doute que laissait planer le libellé du par. 89(1) et de l'al. 17k) quant à la question de savoir si la Commis-

tion claimed by it, s. 16.1(2) removed any such doubt.

Having concluded that the Board had the initial jurisdiction to consider the issue, the court went on to consider the scope of s. 89. In its view, at p. 149, it was confined to cases of a clear transfer:

The matter of double breasting has been a controversial one in the construction industry in recent years. Section 89 was not enacted with a view to dealing with it. It is quite clear from a reading of the section that the Legislature was thinking in terms of a transfer about whose existence there would be no controversy. It was contemplating a situation where the business or operations of one person would move in whole or in part to another person. It originally made no express provision for the determination of whether or not a transfer had taken place but, assuming it to have taken place, stated the consequences. The significant consequence in this case is that the collective agreement would be binding upon the transferee. [Emphasis added.]

The court stated that its task was to determine whether or not the Board made an error of law in its interpretation of the words "transfer or other disposition" or whether it made an error of fact in concluding that what transpired was a "transfer or other disposition". However, following this Court's decision in *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, [1984] 2 S.C.R. 476, it was unnecessary to make a distinction because in either event the test is one of reasonableness. The court then reviewed the evidence presented before the Board and concluded that the evidence did not support the conclusion stated by the Board and therefore the decision was patently unreasonable. It stated the following conclusions, at p. 153:

[1.] Lester did not transfer to Planet the expertise and knowledge of Brent and Wade Lester. Brent and Wade Lester were two of the three owners of both companies. It was their decision and not the decision of Lester as to how their talents should be applied.

sion avait en principe la compétence invoquée était dissipé par le par. 16.1(2).

Après avoir conclu que la Commission avait compétence en première instance pour trancher le point en litige, la cour a étudié la portée de l'art. 89. À son avis, à la p. 149, cette disposition ne visait que les cas où il y a clairement transfert:

[TRADUCTION] Au cours des dernières années, la question des exploitations à double volet n'a cessé d'être controversée dans l'industrie de la construction. L'article 89 n'a pas été adopté dans le but de trancher cette question. Le libellé de l'article montre clairement que le législateur songeait à un transfert dont l'existence ne serait pas controversée. Il envisageait une situation où l'entreprise ou l'exploitation d'une personne était transmise, en tout ou en partie, à une autre personne. À l'origine, il n'a inclus aucune disposition expresse permettant de déterminer si un transfert avait eu lieu, mais, présumant que celui-ci avait eu lieu, il en a prévu les conséquences. En l'espèce, la conséquence essentielle est que la convention collective lierait le cessionnaire. [Je souligne.]

La cour a déclaré qu'elle avait pour tâche de déterminer si la Commission avait commis une erreur de droit dans son interprétation des mots [TRADUCTION] «transfert ou autre acte d'aliénation» ou si elle avait commis une erreur de fait en concluant que ce qui avait eu lieu était un [TRADUCTION] «transfert ou autre acte d'aliénation». Toutefois, compte tenu de la décision de notre Cour dans l'affaire *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, [1984] 2 R.C.S. 476, il n'y avait pas lieu d'établir une distinction puisque de toute façon le critère applicable est celui du caractère raisonnable. La cour a alors procédé à l'examen de la preuve déposée devant la Commission et conclu que celle-ci n'étayait pas la conclusion arrêtée par la Commission et, partant, que la décision était manifestement déraisonnable. Elle a dégagé les conclusions suivantes, à la p. 153:

[TRADUCTION]

[1.] Lester n'a pas transféré à Planet le savoir-faire et la connaissance de Brent et de Wade Lester. Brent et Wade Lester étaient au nombre des trois propriétaires des deux sociétés. C'était leur décision et non celle de Lester qui déterminait comment leurs talents devaient être utilisés.

- [2.] Lester and Planet and two other companies occupied the same building and all shared the cost of occupation.
- [3.] There was no intermingling of employees of Planet and Lester. The only intermingling of which there was evidence consisted of the lady who answers the phone. The Board was told that she works for Lester. Inasmuch as Planet has the same telephone number she would also answer the phone for Planet. In addition she did the payroll for Planet for a period but this was subsequently taken over by a chartered accountant.
- [4.] Planet has its own equipment and tools. However, either company might lease equipment to the other and in such a case a rent would be set up.
- [5.] With respect to financial acumen and financial responsibility the only evidence of this was that where Planet was required to provide a performance bond Lester might provide a personal guarantee.
- [2.] Lester, Planet et deux autres sociétés occupaient le même immeuble et partageaient les coûts d'occupation.
- [3.] Il n'y avait aucun échange d'employés entre Planet et Lester. Le seul cas établi par la preuve visait l'employée qui répondait au téléphone. La Commission a appris qu'elle travaillait pour Lester. Puisque Planet avait le même numéro de téléphone, c'est elle qui répondait au téléphone pour Planet. De plus, elle a été chargée de la feuille de paye de Planet durant une certaine période, mais cette tâche a par la suite été confiée à un comptable agréé.
- [4.] Planet avait son propre matériel et ses outils. Toutefois, chacune des deux sociétés pouvait louer du matériel de l'autre, avec bail à l'appui.
- [5.] En ce qui a trait au sens des affaires et à la responsabilité financière, la seule preuve présentée a établi que lorsque Planet était tenue de fournir un cautionnement d'exécution, Lester pouvait donner une garantie personnelle.

The Court of Appeal concluded, at p. 153, that the overall picture revealed that while there may have been some "mutual backscratching" between Lester and Planet, there was no transfer of business or operation; indeed, the contrary conclusion was supported by the evidence. The business that Planet did as a non-unionized company was not and would never have been available to Lester. It followed that the Board's conclusion that there had been a disposition of business within the meaning of s. 89 was not supportable by the evidence and thus was patently unreasonable.

The Court of Appeal allowed the appeal and held that Russell J. had erred in denying the application to quash the Board's determination that Planet was a successor to a part of the business of Lester within s. 89 of the Act.

The Issues

Two issues are raised before us:

- I. Whether the Board had the jurisdiction, to enter into the inquiry as to whether or not successorship had occurred;

La Cour d'appel a conclu, à la p. 153, qu'en dépit de l'existence possible d'un [TRADUCTION] «échange de bons procédés» entre Lester et Planet, la vue d'ensemble ne révélait aucun transfert d'entreprise ou d'exploitation; en fait, c'est la conclusion contraire qui était étayée par la preuve. Les affaires entreprises par Planet à titre de société non syndiquée n'étaient pas et ne seraient jamais accessibles à Lester. Par conséquent, la conclusion de la Commission selon laquelle il y avait eu aliénation de l'entreprise au sens de l'art. 89 ne pouvait être étayée par la preuve et était donc manifestement déraisonnable.

La Cour d'appel a accueilli l'appel et statué que le juge Russell avait commis une erreur en rejetant la requête visant à casser la décision de la Commission portant que Planet était successeur d'une partie de l'entreprise de Lester au sens de l'art. 89 de la Loi.

Les questions en litige

Deux questions ont été soulevées devant nous:

- I. La Commission avait-elle compétence pour procéder à l'enquête sur la question de savoir s'il y avait application de l'obligation du successeur?

II. If the Board had the jurisdiction, whether the exercise of its jurisdiction was patently unreasonable.

Analysis

I. *Jurisdiction of the Board*

Section 89 provides that if there is a sale, lease, transfer or other disposition from one employer to another, the collective agreement of the transferring employer is imposed on the second employer. Because there was no acknowledgement that a disposition of any kind had occurred in this case, the Board was required to make a preliminary determination as to whether or not a disposition had taken place. The question was whether the Act gave the Board the power to determine whether an employer had disposed of his business or a part of his business under s. 89(1).

The problem arises because none of the provisions of the Act, as it stood at the relevant time, empowered the Board to enquire into whether a transfer had occurred. Section 89(1) does not expressly give the Board the jurisdiction to determine whether or not there has been such a transfer, providing only that the collective agreement will automatically attach to the purchaser if there has been a transfer. Section 89(2) similarly offers no assistance on the question of jurisdiction. While s. 17(k)(vii) gives the Board jurisdiction to answer questions as to whether any person or organization is a party to or bound by a collective agreement, it only applies where the determination is in relation to a proceeding before it. In *National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union*, [1984] 1 S.C.R. 269, this Court held that a labour board had jurisdiction to make a preliminary inquiry as to transfer. The section there in question, however, was s. 144 of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, which provides that "Where any question arises under this section as to whether or not a business has been sold or as to the identity of the purchaser of a business, the Board shall determine the question". In the absence of a counterpart in the Newfoundland Act, there was arguably no matter before the Board for which

II. Le cas échéant, l'exercice de sa compétence était-il manifestement déraisonnable?

a Analyse

I. *Compétence de la Commission*

L'article 89 prévoit que s'il y a vente, location, transfert ou autre acte d'aliénation par un employeur en faveur d'un autre, la convention collective de l'employeur cédant est imposée au deuxième employeur. Puisqu'en l'espèce il n'y avait aucune reconnaissance du fait qu'une aliénation de quelque nature ait eu lieu, la Commission a été appelée à déterminer au préalable si une aliénation avait eu lieu. Il s'agissait de savoir si la Loi donnait à la Commission le pouvoir de déterminer si un employeur avait aliéné son entreprise ou une partie de son entreprise au sens du par. 89(1).

Le problème découle du fait qu'aucune des dispositions de la Loi en vigueur à l'époque pertinente n'habilitait la Commission à se demander si un transfert avait eu lieu. Le paragraphe 89(1) ne donne pas expressément à la Commission la compétence pour déterminer si un tel transfert a eu lieu; il prévoit seulement que la convention collective liera automatiquement l'acquéreur si un tel transfert a eu lieu. Le paragraphe 89(2) n'apporte lui non plus aucune aide à l'égard de la question de compétence. En ce qui a trait au sous-al. 17(k)(vii), s'il donne à la Commission la compétence pour trancher des questions comme celle de savoir si une personne ou un organisme est partie à une convention collective ou est lié par celle-ci, il ne s'applique que lorsque la question à trancher se rattache à une procédure en instance devant la Commission. Dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, notre Cour a conclu qu'un conseil des relations du travail avait compétence pour procéder à une enquête préliminaire en ce qui a trait au transfert. La disposition législative en cause était toutefois l'art. 144 du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, qui prévoit que «lorsqu'une question se pose en vertu du présent article, soit de savoir si une entreprise a été vendue ou non, soit quant à l'identité de l'acheteur, elle doit être tranchée par le

s. 17 could have been relied on to impose a collective agreement.

This apparent oversight in the Act has been resolved by virtue of s. 16.1 of the Act which allows a union to apply to the Board for a determination of any matter referred to in s. 17. The Court of Appeal in the present case held that any doubt about the Board's jurisdiction is resolved by s. 16.1. However, this is inaccurate with respect to this case as s. 16.1 was not in force at the time that the Board heard this application.

Because the enactment of s. 16.1 renders this issue a moot question except for the determination of this case, and in view of my conclusion on the substantive issue before the Court, I am prepared to assume for the purpose of this judgment that the labour board had jurisdiction to consider whether or not there had been a sale, lease, transfer or other disposition.

II. *Whether the Board's Exercise of its Jurisdiction was Patently Unreasonable*

Assuming that the tribunal had the initial jurisdiction to determine whether or not a sale, lease, transfer or other disposition occurred, the next question is whether its determination that a disposition in fact occurred was patently unreasonable and thereby constitutes an excess of jurisdiction. This governing principle was explained by this Court by Dickson J. (as he then was) in *Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 S.C.R. 382, at p. 389:

A tribunal may, on the one hand, have jurisdiction in the narrow sense of authority to enter upon an inquiry but, in the course of that inquiry, do something which takes the exercise of its powers outside the protection of the privative or preclusive clause. Examples of this type of error would include acting in bad faith, basing the decision on extraneous matters, failing to take relevant factors into account, breaching the provisions of natural justice or misinterpreting provisions of the Act so as to

Conseil.» En l'absence d'une disposition équivalente dans la Loi de Terre-Neuve, on peut soutenir que la Commission n'avait été saisie d'aucune question lui permettant de se fonder sur l'art. 17 pour imposer une convention collective.

Cette lacune apparente de la Loi a été comblée par l'adoption de l'art. 16.1 qui permet à un syndicat de demander à la Commission de se prononcer sur toute question visée à l'art. 17. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu que tout doute quant à la compétence de la Commission est dissipé par l'art. 16.1. Cela n'est toutefois pas exact en l'espèce puisque l'art. 16.1 n'était pas en vigueur au moment où la Commission a été saisie de cette requête.

Puisque l'adoption de l'art. 16.1 rend théorique la présente question en litige, exception faite de son application à l'espèce, et compte tenu de ma conclusion sur la question de fond portée devant la Cour, je suis prête à supposer, pour les fins du présent jugement, que la Commission des relations du travail avait compétence pour déterminer s'il y avait eu vente, location, transfert ou autre acte d'aliénation.

II. *La Commission a-t-elle exercé sa compétence de façon manifestement déraisonnable?*

En supposant que le tribunal avait la compétence de première instance pour établir si une vente, une location, un transfert ou un autre acte d'aliénation a eu lieu, il faut se demander si sa décision, portant qu'il y avait eu effectivement aliénation, était manifestement déraisonnable et constituait un excès de compétence. Ce principe fondamental a été expliqué par le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l'arrêt *Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, [1975] 1 R.C.S. 382, à la p. 389:

Un tribunal peut, d'une part, avoir compétence dans le sens strict du pouvoir de procéder à une enquête mais, au cours de cette enquête, faire quelque chose qui retire l'exercice de ce pouvoir de la sauvegarde de la clause privative ou limitative de recours. Des exemples de ce genre d'erreur seraient le fait d'agir de mauvaise foi, de fonder la décision sur des données étrangères à la question, d'omettre de tenir compte de facteurs pertinents, d'enfreindre les règles de la justice naturelle ou d'inter-

embark on an inquiry or answer a question not remitted to it.

In the final analysis, the question in cases of alleged misapplication of statutory provisions, as set out by this Court in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, at p. 237, is the following:

... was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

The test for review is a "severe test": *Blanchard v. Control Data Canada Ltd.*, *supra*, at p. 493.

Section 18 of the Newfoundland Act contains a privative clause limiting the Court's jurisdiction to engage in judicial review to error in interpreting the provisions conferring jurisdiction on it, or excess of jurisdiction by reason of a patently unreasonable error in the performance of its function: *CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 983.

Courts should exercise caution and deference in reviewing the decisions of specialized administrative tribunals, such as the Labour Board in this case. This deference extends both to the determination of the facts and the interpretation of the law. Only where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact, or where the interpretation placed on the legislation is patently unreasonable, can the court interfere. As Dickson J. (as he then was) put it in *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, *supra*, at pp. 235-36, referring to the privative clause in the *Public Service Labour Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-25:

[the clause] constitutes a clear statutory direction on the part of the Legislature that public sector labour matters

préter erronément les dispositions du texte législatif de façon à entreprendre une enquête ou répondre à une question dont il n'est pas saisi.

^a En dernière analyse, la question à résoudre dans les cas de prétendue application fautive de dispositions législatives, énoncée par notre Cour dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, à la p. 237, est la suivante:

^b ... l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

^c Le critère de contrôle est un «test ... sévère»: *Blanchard c. Control Data Canada Ltée*, précité, à la p. 493.

^d L'article 18 de la loi de Terre-Neuve contient une clause privative en vertu de laquelle la cour n'a compétence pour entreprendre un examen de la décision du tribunal administratif que si celui-ci a commis une erreur en interprétant les dispositions attributives de compétence ou s'il a excédé sa compétence en commettant une erreur de droit manifestement déraisonnable dans l'exercice de sa fonction: *CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 983.

^e Les cours de justice devraient faire preuve de circonspection et de retenue dans l'examen des décisions de tribunaux administratifs spécialisés comme la Commission en l'espèce. Cette retenue s'étend à la fois à la constatation des faits et à l'interprétation de la loi. Ce n'est que lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal, ou que l'interprétation donnée aux dispositions législatives est manifestement déraisonnable que la cour de justice peut intervenir. Comme l'a dit le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans l'arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, précité, aux pp. 235 et 236, en se référant à la clause privative de la *Loi relative aux relations de travail dans les services publics*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-25:

^f [la clause] révèle clairement la volonté du législateur que les différends du travail dans le secteur public soient

be promptly and finally decided by the Board. Privative clauses of this type are typically found in labour relations legislation. The rationale for protection of a labour board's decisions within jurisdiction is straightforward and compelling. The labour board is a specialized tribunal which administers a comprehensive statute regulating labour relations. In the administration of that regime, a board is called upon not only to find facts and decide questions of law, but also to exercise its understanding of the body of jurisprudence that has developed around the collective bargaining system, as understood in Canada, and its labour relations sense acquired from accumulated experience in the area.

At the same time, the court cannot defer to decisions which are patently unreasonable. As Wilson J. recently noted in *Paccar, supra*, at p. 1021:

... if it were simply a question of whether the Board's interpretation of the Code was the correct one, or even whether it was a reasonable one, there would be no issue for the courts. In such circumstances the principle of curial deference would require that the Board's decision be respected. But the courts must not defer to decisions that are patently unreasonable. Such decisions cannot be passed off as the product of special expertise or, as the appellant submits, "policy choices" which are not subject to review by the courts. They can only be treated as decisions which the Board had no jurisdiction to make. [Emphasis added.]

The question, then, is whether there are errors which establish that the Labour Board in this case was acting beyond its jurisdiction. Bad faith on the part of the Labour Board is not alleged, nor breach of the procedural rules of natural justice. Rather the attack is on the basis of the Labour Board's decision. First, it is submitted that the Board misconstrued the provisions of the Act. Second, it is suggested that there was no evidence capable of supporting the Board's conclusion that a transfer took place. The two points are related. The first question must be how s. 89 should be construed. What arrangements and relationships does it cover? The answer to that question determines

réglés promptement et en dernier ressort par la Commission. Des clauses privatives de ce genre sont typiques dans les lois sur les relations de travail. On veut protéger les décisions d'une commission des relations de travail, lorsqu'elles relèvent de sa compétence, pour des raisons simples et impérieuses. La commission est un tribunal spécialisé chargé d'appliquer une loi régissant l'ensemble des relations de travail. Aux fins de l'administration de ce régime, une commission n'est pas seulement appelée à constater des faits et à trancher des questions de droit, mais également à recourir à sa compréhension du corps jurisprudentiel qui s'est développé à partir du système de négociation collective, tel qu'il est envisagé au Canada, et à sa perception des relations de travail acquise par une longue expérience dans ce domaine.

En même temps, la cour de justice ne saurait faire preuve de retenue à l'égard de décisions manifestement déraisonnables. Comme l'a récemment noté le juge Wilson dans l'arrêt *Paccar*, précité, à la p. 1021:

... s'il s'agissait simplement de décider du caractère juste, voire raisonnable, de l'interprétation donnée au Code par la Commission, il n'appartiendrait pas aux cours de justice de se prononcer. Dans les circonstances, le principe de la retenue judiciaire exigerait qu'on respecte la décision de la Commission. Mais les tribunaux ne sauraient faire preuve de retenue à l'égard de décisions manifestement déraisonnables. Pareilles décisions ne sauraient être considérées comme résultant de l'exercice de compétences particulières ou comme, selon ce que prétend l'appelant, des «choix de politique» non susceptibles de contrôle par les tribunaux. On ne peut les traiter que comme des décisions que la Commission n'avait pas compétence pour rendre. [Je souligne.]

La question à résoudre est donc de savoir s'il existe des erreurs établissant que la Commission a excédé sa compétence en l'espèce. La contestation n'a allégué ni la mauvaise foi de la part de la Commission ni la violation des règles procédurales de la justice naturelle. Elle porte plutôt sur le fondement de la décision de la Commission. En premier lieu, on prétend que la Commission a mal interprété les dispositions de la Loi. En deuxième lieu, on affirme qu'il n'existe aucun élément de preuve pouvant étayer la conclusion de la Commission qu'un transfert a eu lieu. Les deux points sont liés. La première question porte sur l'interprétation de l'art. 89. Quels arrangements et quelles relations celui-ci embrasse-t-il? La réponse qui sera donnée à cette question déterminera la nature des

what sort of evidence is required to bring the section into play.

A. The Interpretation of s. 89

Section 89(1) of the Act establishes the conditions in which the collective agreement between a union and one employer may be imposed between the union and another employer. That occurs "Where an employer sells, leases, transfers or otherwise disposes of, or agrees to sell, lease, transfer or otherwise dispose of his business or the operations thereof or any part of either of them"

The question is whether these words extend to parallel companies operating side by side in an independent although not unrelated manner, or whether, on the contrary, they are confined to true transfer situations.

(1) *The Problem*

In order to understand s. 89(1) it is necessary to examine the problem to which it and similar provisions across the country are addressed.

The basic aim of such provisions is to prevent employees from losing union protection when a business is sold or transferred or when changes are made to the corporate structure of a business. The problem may arise in two ways.

The classic situation, and the first to be addressed in most provinces, arises when a business or part of a business is transferred from one company to another. The transfer may be activated by legitimate motives or as a device to oust a union and may be made between unrelated companies or arise through corporate reorganization. The effect is the same. Absent legislation, the effect of the transfer is to terminate the relationship between the union and the employer, with the result that the employees would lose their bargaining rights. To meet this problem, successorship provisions, like s. 89 of the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, have been passed.

moyens de preuve nécessaires pour entraîner l'application de l'article.

A. L'interprétation de l'art. 89

^a Le paragraphe 89(1) de la Loi établit les conditions dans lesquelles la convention collective entre un syndicat et un employeur peut être imposée à un autre employeur à l'égard du même syndicat. ^b Cela se produit [TRADUCTION] «Lorsqu'un employeur vend, loue, transfère ou aliène par d'autres moyens, ou convient de vendre, de louer, de transférer ou d'aliéner par d'autres moyens son entreprise ou l'exploitation de celle-ci ou toute ^c partie de l'entreprise ou de son exploitation . . . »

^d La question est de savoir si ces mots embrassent des sociétés parallèles exploitées côte à côte de façon indépendante mais non sans quelque lien, ou si, au contraire, ils se limitent aux situations de transfert véritable.

(1) *Le problème*

^e Pour comprendre le par. 89(1), il est nécessaire d'examiner le problème que cette disposition et diverses dispositions semblables à l'échelle du pays visent à résoudre.

^f Le but fondamental de ces dispositions est d'empêcher que des employés ne perdent leur protection syndicale lorsqu'une entreprise est vendue ou transférée ou lorsque des modifications sont apportées à la structure d'une entreprise. Le problème peut se poser de deux façons.

^g La situation classique, la première qui a été visée dans la plupart des provinces, se produit lorsqu'une entreprise ou une partie d'une entreprise est transférée d'une société à une autre. ^h Le transfert peut avoir lieu pour des motifs légitimes ou comme moyen d'évincer un syndicat; il peut se produire entre des sociétés sans aucun lien ou résulter de la réorganisation d'une société. ⁱ L'effet est le même. À défaut de mesure législative, l'effet du transfert est de mettre un terme à la relation entre le syndicat et l'employeur, de sorte que les employés perdent leurs droits de négociation. C'est pour résoudre ce problème que des dispositions sur ^j l'obligation du successeur, comme l'art. 89 de *The Labour Relations Act, 1977* de Terre-Neuve, ont été adoptées.

The second situation in which the problem arises does not, at first glance, involve a transfer of the business or part of the business from one company to another. It arises where one company, which continues to carry on business subject to a union contract, sets up a second parallel company which operates without a union. This practice, known as "double breasting", is a device readily available in the construction industry, where workers tend to be hired for particular jobs. By having a new non-union company take on a new job, the employer can avoid the union contract. The workers for the first company, if they want work, may be compelled to work in a non-union shop for the second company. If work or employees are transferred to the non-union company, successorship provisions may render assistance to the affected employees. However, in the absence of some type of disposition, successorship provisions will not prevent double breasting.

Because related corporate structures will not in the absence of disposition trigger successorship provisions, five provinces and Parliament have enacted common or related employer provisions: Alberta, *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-1.2, s. 45; British Columbia, *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 212, s. 37, as amended, S.B.C. 1987, c. 24, s. 25; Manitoba, *The Labour Relations Act*, R.S.M. 1987, c. L10, s. 59; Nova Scotia, *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, c. 19, s. 20; Ontario, *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228, s. 1(4); Canada, *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 35. In the construction industry context, common employer provisions allow labour boards to impose a collective agreement in cases of double breasting where doing so serves a labour relations purpose.

Newfoundland has not enacted common employer provisions. The Advisory Committee to

La deuxième situation dans laquelle le problème peut se poser n'implique pas, à première vue, un transfert de l'entreprise ou d'une partie de l'entreprise d'une société à une autre. Le problème se pose lorsqu'une société, qui continue à exploiter une entreprise assujettie à une convention collective, établit une deuxième société parallèle qui fonctionne sans syndicat. Cette pratique, dite du «double volet», est un moyen auquel on peut facilement recourir dans l'industrie de la construction où les employés sont habituellement embauchés pour des travaux précis. En passant par une nouvelle société non syndiquée pour obtenir un nouveau projet, l'employeur peut éviter un contrat régi par la convention collective. S'ils veulent travailler, les employés de la première société peuvent être forcés de travailler sur un chantier non syndiqué pour la deuxième société. S'il y a transfert de travaux ou d'employés en faveur de la société non syndiquée, les dispositions sur l'obligation du successeur peuvent être invoquées par les employés touchés. Toutefois, à défaut d'une certaine forme d'aliénation, ces dispositions n'empêcheront pas le recours à des exploitations à double volet.

Puisque, en l'absence d'aliénation, les structures de sociétés apparentées ne provoqueront pas l'application des dispositions sur l'obligation du successeur, le Parlement et cinq provinces ont adopté des dispositions relatives à l'employeur unique: Alberta, *Labour Relations Code*, S.A. 1988, ch. L-1.2, art. 45; Colombie-Britannique, *Industrial Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 212, art. 37, mod. par S.B.C. 1987, ch. 24, art. 25; Manitoba, *Loi sur les relations du travail*, L.R.M. 1987, ch. L10, art. 59; Nouvelle-Écosse, *Trade Union Act*, S.N.S. 1972, ch. 19, art. 20; Ontario, *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228, par. 1(4); Canada, *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 35. Dans le contexte de l'industrie de la construction, les dispositions relatives à l'employeur unique permettent aux commissions du travail d'imposer une convention collective dans les cas d'exploitations à double volet lorsque cela sert les fins visées en matière de relations du travail.

Terre-Neuve n'a pas adopté de dispositions législatives relatives à l'employeur unique. Dans un

the Minister of Labour for the Province of Newfoundland, in a report on the construction industry, considered and rejected the adoption of common employer provisions. After hearing from unions and construction employers and taking into account both the need to allow corporations to remain competitive and the interests of unions, the Committee concluded that the existing provisions offered sufficient protections.

The situation in the case at bar is not one of successorship in the classic sense of a business or part of a business being transferred from one company to another. It falls rather into the second category of a collateral, connected company. The question is whether, given the absence of common employer provisions in Newfoundland, the successorship provisions of s. 89 of the Act can be read as extending to this case.

(2) *Legal Remedies for the Problem of Double Breasting*

(a) The Use and Limitations of Successorship Provisions

Successorship provisions similar to s. 89 of the Act exist in all provincial labour acts and in the *Canada Labour Code*. While there are slight variations in the wording, the purpose attributed to successorship provisions is consistent. One of the oft-cited quotes explaining the underlying rationale for successorship provisions is found in a decision of the British Columbia Labour Relations Board in *Kelly Douglas & Co. and W.H. Malkin Ltd.*, [1974] 1 CLRBR 77, at pp. 81-82:

When an employer exercises this legal freedom to dispose of its business, this can have serious consequences for the situation of its employees. They may have struggled to become organized and achieve collective bargaining and then to arrive at a collective agreement. Once that agreement is finally settled, the employees naturally expect that its terms will be fulfilled in the conduct of the enterprise. The trouble is

rapport sur l'industrie de la construction, le Comité consultatif du Ministre du Travail de la province de Terre-Neuve a étudié puis rejeté la possibilité d'adopter de telles dispositions. Après avoir entendu les observations de syndicats et d'employeurs de la construction, et tenu compte à la fois du besoin de permettre aux sociétés de demeurer compétitives et des intérêts des syndicats, le Comité a conclu que les dispositions législatives existantes offraient suffisamment de protection.

En l'espèce, il ne s'agit pas d'une situation qui commande l'application de l'obligation du successeur au sens classique du transfert d'une entreprise ou d'une partie d'entreprise d'une société à une autre. Il s'agit plutôt d'une situation qui appartient à la deuxième catégorie, celle d'une société auxiliaire, apparentée. Compte tenu de l'absence, à Terre-Neuve, de dispositions législatives visant l'employeur unique, la question est de savoir si les dispositions sur l'obligation du successeur, à l'art. 89 de la Loi, peuvent être interprétées comme embrassant l'espèce.

(2) *Recours judiciaires pour résoudre le problème des exploitations à double volet*

a) Recours aux dispositions sur l'obligation du successeur et limites de celles-ci

Des dispositions sur l'obligation du successeur semblables à l'art. 89 de la Loi existent dans toutes les lois provinciales sur le travail et dans le *Code canadien du travail*. Même si le libellé peut varier quelque peu, le but visé par ces dispositions est toujours le même. L'une des citations fréquemment reprises pour expliquer la raison qui sous-tend les dispositions sur l'obligation du successeur est extraite d'une décision de la Labour Relations Board de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Kelly Douglas & Co. and W.H. Malkin Ltd.*, [1974] 1 CLRBR 77, aux pp. 81 et 82:

[TRADUCTION] L'exercice par un employeur de son droit de disposer librement de son entreprise peut entraîner de graves conséquences pour la situation de ses employés. Il se peut que ceux-ci aient lutté pour s'organiser, pour négocier et pour obtenir une convention collective. Une fois cette convention signée, les employés s'attendent naturellement à ce qu'elle soit respectée dans l'exploitation de l'entreprise. Le problème, est que ces

that these expectations could be set at naught by a simple change in corporate ownership. The employees may find themselves still working at the same plant, at the same machine, under the same working conditions, under the same supervision, doing exactly the same job as before, but for a different employer. The result of the sale of a business of which the employees may not even be aware is that the collective bargaining rights of the employees may have disappeared.

Realistically, one cannot expect these interests of the employees and their union to be at the forefront of the business negotiations which employers are free to engage in. Accordingly, the legislature adopted a very straight-forward protection. Certification and other orders under the Code follow the business into the hands of the transferee. The legislature went even further to impose the collective agreement on a person who didn't sign it. It is up to the prospective purchaser to investigate the terms of the bargain which its predecessor has made with the trade union and see that this is taken account of in the purchase price of the takeover before it steps into the shoes of the old employer.

Within that framework, it is important that the Board give a full and liberal interpretation to the concept of successorship. In particular, little reliance should be placed on the technical legal form which a business disposition happens to take as between the old employer and its successor. The significant factor as far as collective bargaining law is concerned in *[sic]* the relationship between the successor, the employees, and the undertaking.

Ten of the labour acts have provisions similarly worded to s. 89 of the Newfoundland Act, referring to transactions such as sale, lease, transfer or disposition, (The Quebec Act also contains a successorship provision but the section uses the phrase "alienation or operation".) Although the terms "sale" and "lease" may have restricted meanings, the words "transfer" and "other disposition" have been broadly interpreted to include several types of transactions, including exchange, gift, trust, take overs, mergers, and amalgamation.

In keeping with the purpose of successorship provisions—to protect the permanence of bargain-

attentes pourraient être réduites à néant du seul fait d'un simple changement de propriétaire de la société. Les employées peuvent toujours travailler à la même usine, sur le même appareil, en vertu des mêmes conditions de travail, sous la même supervision, à faire exactement le même travail qu'avant, mais pour un employeur différent. Le résultat de la vente de l'entreprise, vente dont les employés ne sont peut-être même pas au courant, c'est que les droits de la convention collective des employés peuvent avoir disparu.

On ne peut s'attendre de façon réaliste que ces intérêts des employés et de leur syndicat figurent au premier rang des négociations commerciales que les employeurs sont libres d'engager. Par conséquent, le législateur a adopté une protection très simple. L'accréditation et les autres ordonnances prévues au Code suivent l'entreprise et lient le cessionnaire. Le législateur est même allé jusqu'à imposer la convention collective à une personne qui ne l'a pas signée. C'est à l'acquéreur éventuel qu'il incombe de s'enquérir des termes de l'entente négociée entre son prédécesseur et le syndicat et de s'assurer qu'il en est tenu compte dans le prix d'achat de la prise de contrôle avant que l'acquéreur ne se substitue à l'ancien employeur.

Dans ce contexte, il importe que la Commission donne une interprétation entière et libérale à la notion d'obligation du successeur. Plus précisément, on ne devrait accorder que peu d'importance à la forme juridique particulière que revêt une aliénation d'entreprise entre l'ancien employeur et son successeur. Du point de vue du droit en matière de conventions collectives, le facteur important en jeu est la relation entre le successeur, les employés et l'entreprise.

Dix des lois sur les relations du travail contiennent des dispositions dont la formulation s'apparente à celle de l'art. 89 de la Loi de Terre-Neuve, et mentionnent des opérations comme la vente, la location, le transfert et l'aliénation. (La loi équivalente du Québec contient également une disposition sur l'obligation du successeur, dans laquelle est utilisée l'expression «d'aliénation ou la concession»). Même si les expressions «vente» et «location» peuvent avoir des sens restreints, les mots «transfert» et «autre acte d'aliénation» font l'objet d'une interprétation large et embrassent plusieurs types d'opérations, y compris l'échange, le don, la fiducie, la prise de contrôle, l'absorption et la fusion.

En accord avec la fin visée par les dispositions sur l'obligation du successeur—protéger la perma-

ing rights—labour boards have interpreted “disposition” broadly to include almost any mode of transfer and have not relied on technical legal forms of business transactions. As explained by the Ontario Board in *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 CLLC ¶ 16,052, an expansive definition accords with the purpose of the section—to preserve bargaining rights regardless of the legal form of the transaction which puts bargaining rights in jeopardy.

This Court in *National Bank of Canada v. Retail Clerks’ International Union*, *supra*, affirmed that the technical legal form of a disposition will not be determinative and upheld a finding by the Federal Court of Appeal that a labour board’s interpretation of disposition to include amalgamation was not patently unreasonable.

Notwithstanding the broad discretion in labour boards to determine whether or not the mode of disposition constitutes successorship, the fact remains that in virtually all jurisdictions something must be relinquished by the predecessor business on the one hand and obtained by the successor on the other to bring a case within the section.

The appellant union urged on us the following definitions of “disposition”:

... to ‘alienate or direct the ownership of property as disposition by will; to exercise finally, in any manner, ones power of control over; to pass into control of someone else; to alienate, relinquish, part with, or get rid of; to put out of the way; to finish with; to bargain away; to transfer into new hands or to the control of someone else (as by selling or bargaining away); relinquish the whole; (dispose of some property to a man all too anxious to buy)’.

By any of these definitions it is clear that disposition must mean that in some way the first company no longer has the business or part of the

nence des droits de négociation—les commissions du travail ont donné à l’expression «aliénation» une interprétation large embrassant pratiquement tout mode de transfert, sans se fonder sur la forme juridique particulière des opérations commerciales. Comme l’a expliqué la Commission de l’Ontario dans l’affaire *United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.* (1965), 65 CLLC ¶ 16,052, une définition extensive correspond au but de la disposition - conserver les droits de négociation peu importe la forme juridique de l’opération qui les met en péril.

Dans l’arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, précité, notre Cour a affirmé que la forme juridique particulière d’une aliénation n’est pas concluante et elle a confirmé la conclusion de la Cour d’appel fédérale qui avait jugé que l’interprétation donnée par une commission du travail au mot «aliénation», portant qu’il englobait la fusion, n’était pas manifestement déraisonnable.

Malgré le vaste pouvoir discrétionnaire des commissions du travail lorsqu’elles sont appelées à déterminer si le mode d’aliénation constitue une succession, il n’en demeure pas moins que dans pratiquement tous les ressorts, il doit y avoir d’une part abandon de quelque chose par l’entreprise prédécesseur et d’autre part obtention de quelque chose par le successeur pour que l’espèce soit visée par la disposition législative.

L’association appelante nous a proposé les définitions suivantes du mot «aliénation»:

[TRADUCTION] ... «transmettre ou confier la propriété d’un bien par voie testamentaire; exercice final, de quelque manière, de son pouvoir de contrôle sur un bien; faire passer sous le contrôle de quelqu’un d’autre; céder, renoncer, se détacher de, se défaire de; sortir, en finir avec quelque chose; perdre quelque chose en marchandant; transférer quelque chose en de nouvelles mains ou sous le contrôle de quelqu’un d’autre (notamment par la vente ou le marchandage); abandonner la totalité; (disposer d’un bien en faveur de quelqu’un qui ne demande qu’à l’acheter)».

Il ressort clairement de chacune de ces définitions que l’aliénation signifie nécessairement que, d’une façon quelconque, la première société ne possède

business, which has been conveyed to the second company.

Case law from jurisdictions across Canada is to the same effect. While there are slight variations from province to province in terms of scope (i.e., some acts speak only of disposition of a business whereas other Acts provide for disposition of a part of a business) a common theme throughout the jurisdictions is that something must be relinquished from the first business and obtained by the second.

If the particular section in question allows for successorship upon disposition of part of a business (as the Newfoundland Act does) there is more latitude to find successorship, since successorship may occur, where, for example, a business transfers only a portion of its operation. However, even where the Act provides for disposition of part of a business, transfer of assets alone may be insufficient to establish successorship. Rather, a discernable part of the business must be disposed of. As Adams, in his text, *Canadian Labour Law* (1985), at p. 414, states in concluding a review of the law from various jurisdictions: "In virtually all cases where a sale of part of a business has been found, a separate and identifiable part of the predecessor's operations has been transferred". Adams continues at p. 415:

What is clear from all these cases is that what must be transferred is a portion of the business capable of being defined and identified as a functioning entity that is viable in itself or sufficiently distinguishable to be severable from the whole.

To determine whether or not the business or part of the business has been disposed of, most boards examine the nature of the predecessor business, and the nature of the successor business determines if the business of the predecessor is being performed by the successor. Most boards approach the issue by examining factors like the work covered by the terms of the collective agreement, the type of assets that have been transferred,

plus l'entreprise ou la partie de l'entreprise visée, qui a été transmise à la deuxième société.

La jurisprudence de tous les ressorts au Canada va dans le même sens. Même s'il existe de légères différences d'une province à l'autre en ce qui a trait à la portée (certaines lois ne mentionnent que l'aliénation d'une entreprise tandis que d'autres prévoient l'aliénation d'une partie d'une entreprise), le principe commun à tous les ressorts est qu'il doit y avoir abandon de quelque chose de la première entreprise en faveur de la deuxième.

Si la disposition législative en cause permet l'application de l'obligation du successeur dès qu'il y a aliénation d'une partie d'entreprise (comme le fait la Loi de Terre-Neuve), la Commission a davantage de latitude pour conclure à l'existence d'une succession puisque celle-ci peut avoir lieu par exemple lorsqu'une entreprise ne transfère qu'une partie de son opération. Toutefois, même lorsque la Loi prévoit les cas d'aliénation d'une partie d'entreprise, il se peut que le transfert d'éléments d'actif ne suffise pas à lui seul pour établir l'application de l'obligation du successeur. Il faut plutôt qu'une partie identifiable de l'entreprise soit aliénée. Comme l'a écrit l'auteur Adams dans son ouvrage *Canadian Labour Law* (1985), à la p. 414, au terme d'un examen du droit applicable dans divers ressorts: [TRADUCTION] «Dans pratiquement tous les cas où l'on a conclu à la vente d'une partie d'une entreprise, il y a eu transfert d'une partie distincte et identifiable des opérations du prédécesseur». L'auteur poursuit, à la p. 415:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de toutes ces affaires que ce qui doit être transféré, c'est une partie de l'entreprise qui peut être définie et identifiée comme une entité fonctionnelle qui est viable par elle-même ou qui peut suffisamment être distinguée pour pouvoir être retranchée de l'ensemble.

Afin de déterminer si l'entreprise ou une partie de l'entreprise a été aliénée, la plupart des commissions examinent la nature de l'entreprise du prédécesseur ainsi que la nature de l'entreprise du successeur, de façon à établir si l'entreprise du prédécesseur est exploitée par le successeur. La plupart des commissions abordent la question en examinant des facteurs comme la nature des travaux visés par la convention collective, la sorte

whether goodwill has been transferred, whether employees are transferred, whether the business is operating in the same location, whether there is continuity of management, and whether there is continuity of the work performed: *Lyric Theater Ltd. v. International Alliance of Theatrical Stage Employees*, [1980] 2 Can LRBR 331 (B.C.); *Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can LRBR 197 (Ont.). No single factor is determinative, since factors which are sufficient to support a successorship finding in one type of industry may be insufficient in another: *International Longshoremen's Assn. v. Terminus Maritime Inc.* (1983), 83 CLLC ¶ 16,029. In each case the Board must determine if, within the business context in which the transaction occurred, it can reasonably be said on the factors present that the business or part of the business has been transferred from the predecessor to the successor. Because a business is not merely a collection of assets, the vital consideration "is whether the transferee has acquired from the transferor a functional economic vehicle": *Metropolitan Parking Inc.*, *supra*, at p. 209.

Having reviewed the general principles governing the construction of successorship provisions, I turn to their interpretation in the context of the construction industry. Due to its peculiar nature, many of the factors examined in other contexts to determine if successorship has occurred may not be relevant. As Paul Weiler, *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), explains at p. 183:

The character of the employment relationship in the construction industry is very different from what it is in the typical plant. There is no footing for the kind of tenured status which employees now enjoy under most collective agreements. As well, there is no basis for the kind of enduring association which a group of employees can develop in an industrial bargaining unit. Any one

d'actif qui a été transféré, la question de savoir si de l'achalandage a été transféré, si des employés ont été transférés, si l'entreprise est exploitée au même endroit, s'il y a continuité de gestion et s'il y a continuité des travaux accomplis: *Lyric Theater Ltd. v. International Alliance of Theatrical Stage Employees*, [1980] 2 Can LRBR 331 (C.-B.); *Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc.*, [1980] 1 Can LRBR 197 (Ont.). Aucun facteur particulier n'est déterminant puisque certains facteurs qui permettent de conclure à l'application de l'obligation du successeur dans un secteur industriel peuvent être insuffisants dans un autre: *International Longshoremen's Assn. v. Terminus Maritime Inc.* (1983), 83 CLLC ¶ 16,029. Dans chaque cas, la Commission doit déterminer si, dans le contexte commercial où s'est produit l'opération, on peut raisonnablement affirmer, compte tenu des facteurs en jeu, que l'entreprise ou une partie de l'entreprise a été transférée du prédécesseur au successeur. Puisqu'une entreprise représente plus que la seule accumulation d'éléments d'actif, la question essentielle à poser [TRADUCTION] «est de savoir si le cessionnaire a acquis du cédant un instrument économique fonctionnel»: *Metropolitan Parking Inc.*, précité, à la p. 209.

Après avoir passé en revue les principes généraux régissant l'interprétation des dispositions sur l'obligation du successeur, j'aborde l'interprétation de ces dispositions dans le contexte de l'industrie de la construction. En raison de la nature particulière de cette industrie, bon nombre des facteurs qui ont été examinés dans d'autres contextes afin de déterminer s'il y avait application de l'obligation du successeur peuvent ne pas être pertinents. Comme l'explique Paul Weiler dans son ouvrage *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), à la p. 183:

[TRADUCTION] Le caractère des relations de travail dans l'industrie de la construction est très différent de celui qui existe dans le secteur industriel typique. Il n'y a aucune place pour la sorte de statut protégé dont jouissent maintenant les employés en vertu de la plupart des conventions collectives. De même, il n'y a aucun fondement pour la sorte d'association permanente qu'un groupe d'employés peut élaborer dans une unité de négociation industrielle. L'employé de la construction doit toujours s'attendre à un emploi court et passager, et

job for the construction worker is short and fleeting, and he must be prepared to be highly mobile, shifting from project to project across a wide geographic area.

It is the construction union which fills the vacuum, which provides the continuity and structure in a tradesman's working career.

In short, application of traditional factors to the construction industry may render it easy for a contractor to erode the protection which successorship provisions are meant to provide for bargaining rights. Construction companies, which often have very few tangible assets, could avoid union obligations by the simple technique of starting a new company to bid on a new project.

In response to this type of tactic, labour boards began to apply different tests when examining successorship in the construction context. The different treatment of successorship in the construction industry is explained in *Gibraltar Development Corporation and Construction and General Labourers Union*, BCLRB 12 29/82, at p. 607:

While the concept of the transfer of a business by means of the transfer of assets may be a valid concept in many contexts, it may be totally inapplicable in some situations in the construction industry. In the construction industry, the sole "assets" required to carry on a business may well be the skill and expertise of its principals as well as their resulting reputation and credibility. The movement of that expertise and reputation by "winding up" one business and "Starting up" another is not the same as the transfer of the tangible assets of a business.

In cases where few, if any tangible assets are required to carry on a business, the principals may be the only significant "feature" of a business. It is more meaningful then to speak of them as being or constituting the business itself rather than as being "assets" of the business. [Emphasis added.]

il doit être prêt à assumer une très grande mobilité, passant d'un projet à un autre à l'intérieur d'un grand territoire géographique.

C'est le syndicat de la construction qui comble le vide, qui fournit la continuité et la structure dans la carrière des hommes de métier.

En bref, l'application des facteurs traditionnels à l'industrie de la construction peut aider certains entrepreneurs à miner la protection des droits de négociation visée par les dispositions sur l'obligation du successeur. Les sociétés de construction, qui ont souvent très peu d'éléments d'actif corporels, pourraient se soustraire à leurs obligations syndicales en ayant simplement recours à la technique consistant à établir une nouvelle société pour présenter des soumissions à l'égard d'un nouveau projet.

C'est en réponse à ce type de tactique que les commissions du travail ont entrepris d'appliquer des critères différents lorsqu'elles doivent étudier des dispositions sur l'obligation du successeur dans le contexte de la construction. Le traitement différent réservé à l'obligation du successeur dans cette industrie est expliqué ainsi dans la décision *Gibraltar Development Corporation and Construction and General Labourers Union*, BCLRB 12 29/82, à la p. 607:

[TRADUCTION] Bien que la notion de transfert d'une entreprise au moyen du transfert d'éléments d'actif soit une notion valable dans bon nombre de contextes, il se peut qu'elle soit totalement inapplicable dans certaines situations de l'industrie de la construction. Dans cette industrie, le seul élément «d'actif» nécessaire pour exploiter une entreprise peut fort bien se limiter aux connaissances et au savoir-faire de ses directeurs, de même qu'à la réputation et à la crédibilité qui en découlent. Le déplacement de ce savoir-faire et de cette réputation par la «liquidation» d'une entreprise et «l'établissement» d'une autre est différent du transfert d'éléments d'actif corporels d'une entreprise.

Dans les cas où l'exploitation d'une entreprise nécessite peu d'éléments d'actif corporels, voire aucun de ces éléments, les directeurs peuvent être le seul «trait» distinctif d'une entreprise. Il serait alors beaucoup plus significatif de les décrire comme étant ou constituant l'entreprise plutôt que comme des «éléments d'actif» de l'entreprise. [Je souligne.]

Thus, some boards dealing with this issue in the construction industry developed what has sometimes been referred to as a "key-man" concept. Successorship applications have sometimes succeeded where a principal in a small unionized construction company had left that company and formed a non-union company, provided that the individual involved was really the key-person or the crucial asset of the first business: see for example: *Rivard Mechanical; Re Plumbers Union, Local 71*, [1981] OLRB Rep. May 550; *Frank Browne Acoustics Kamloops (1982) Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners* (1984), 6 CLRBR (NS) 247 (B.C.). In the present case none of the principals in question have left the union company. Both companies continue to operate in a classic "double breasting" situation.

Successorship applications have also succeeded where it is established that because of the presence of the non-union company the union company is losing work, or the union company is wound down: see for example *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.* (1984), 9 CLRBR (NS) 175 (Sask.); *Doran Construction Ltd., Taggart Construction Ltd. and Taggart General Contractors Ltd.; Re Carpenters Union, Local 93*, [1984] OLRB Rep. Aug. 1108 (Ont.); *Gibraltar Development, supra*, at p. 1108; *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904, supra*.

Review of numerous decisions in the construction industry makes it clear that in all cases where successorship was established either a central principal left the first company (such that even if the first company remains operational a part of the business may have been disposed of) or the first company is wound down or at least has suffered a decline in business because of the presence of the non-union company. However, where both companies remain fully operational and where principals continue to work for both companies, boards have not found successorship as there is no identifiable disposition: see, for example, *Viandes Seficlo Inc. v. Union des Employés de Commerce* (1984), 84

Par conséquent, certaines commissions saisies de cette question dans le contexte de l'industrie de la construction ont élaboré ce qui a parfois été décrit comme la notion de «la personne clé». On a parfois fait droit à des demandes d'application de l'obligation du successeur lorsque le directeur d'une petite société de construction syndiquée avait quitté la société pour fonder une société non syndiquée, pourvu toutefois que la personne en cause ait réellement été une personne clé ou l'actif principal de la première entreprise: voir par exemple *Rivard Mechanical; Re Plumbers Union, Local 71*, [1981] OLRB Rep. mai 550; *Frank Browne Acoustics Kamloops (1982) Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners* (1984), 6 CLRBR (NS) 247 (C.-B.). En l'espèce, aucun des directeurs en cause n'a quitté la société syndiquée. Les deux sociétés continuent à fonctionner dans la situation classique d'exploitation à double volet.

On a également fait droit à des demandes relatives à l'obligation du successeur dans des cas où il a été établi qu'en raison de la présence de la société non syndiquée, la société syndiquée perdait des travaux, ou réduisait progressivement ses activités: voir par exemple *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.* (1984), 9 CLRBR (NS) 175 (Sask.); *Doran Construction Ltd., Taggart Construction Ltd. and Taggart General Contractors Ltd.; Re Carpenters Union, Local 93*, [1984] OLRB Rep. août 1108 (Ont.); *Gibraltar Development*, précité, à la p. 1108; *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904*, précité.

Il ressort clairement d'un examen de nombreuses décisions touchant l'industrie de la construction que dans tous les cas où l'obligation du successeur a été établie, il se trouvait soit qu'un directeur principal avait quitté la première société (de telle sorte que même si la première société demeurait opérationnelle, une partie de l'entreprise pouvait avoir été aliénée) soit que la première société avait réduit progressivement ses activités ou avait à tout le moins subi une baisse d'affaire en raison de la présence de la société non syndiquée. Toutefois, lorsque les deux sociétés demeuraient totalement opérationnelles et que les directeurs continuaient à travailler pour les deux sociétés, les commissions

CLLC ¶ 14,047 (Qué.); *International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.* (1976), 77 CLLC ¶ 16,075 (N.S.); *Labourers' International Union of North America v. Elmont Construction Ltd.*, [1974] OLRB Rep. June 342. To put it another way, there is nothing within the successorship provisions to bar an individual from owning or working for more than one company or to bar a company from operating union and non-union branches.

This is not to suggest that in the absence of a common employer provision common ownership is always irrelevant. A close corporate connection may sometimes support the inference that a transaction was designed to circumvent bargaining rights and thus be contrary to the purpose attributed to successorship provisions. As the Ontario Board stated in *Metropolitan Parking Inc.*, *supra*, at pp. 211-12:

In assessing the facts from which a transfer of a business may be inferred, the Board has always been especially sensitive to any pre-existing corporate, commercial or familial relationship between the predecessor and the alleged successor If both businesses are also "in the same business", (i.e., supply the same product in approximately the same way and potentially to the same market or customers) a transfer of a business may have occurred but may be very difficult to detect. In such circumstances it may be important to carefully examine the pre-existing links or lines of common control to which the alleged predecessor and successor are both subject. Such examination is precisely what is undertaken by the Board on an application under section 1(4) [the Ontario common employer provision]; but it is also relevant on section 55 applicants, and it is for this reason that applications commonly plead section 1(4) in the alternative. It would be incorrect to make this consideration a decisive "test" for successorship; but where there is a pre-existing corporate connection between the predecessor and the successor the Board has been dis-

n'ont pas conclu à l'existence de l'obligation du successeur puisqu'il n'y avait pas d'aliénation identifiable: voir par exemple *Viandes Seficlo Inc. v. Union des Employés de Commerce* (1984), 84 CLLC ¶ 14,047 (Qué.); *International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.* (1976), 77 CLLC ¶ 16,075 (N.-É.); *Labourers' International Union of North America v. Elmont Construction Ltd.*, [1974] OLRB Rep. juin 342. En d'autres termes, rien dans les dispositions sur l'obligation du successeur n'interdit à une personne d'être propriétaire de plus d'une société ou de travailler pour plus d'une société, ni n'empêche une société d'exploiter un volet syndiqué et un volet non syndiqué.

Cela ne veut pas dire qu'en l'absence d'une disposition visant l'employeur unique, la propriété en commun soit toujours dépourvue de pertinence. Un lien intersociétés étroit peut parfois appuyer la conclusion qu'une opération a été conçue de façon à contourner les droits de négociation et qu'elle est par conséquent contraire à l'objectif visé par les dispositions relatives à l'obligation du successeur. Comme l'a déclaré la Commission de l'Ontario dans l'affaire *Metropolitan Parking Inc.*, précitée, aux pp. 211 et 212:

[TRADUCTION] Lorsqu'elle est appelée à évaluer les faits permettant de conclure à l'existence d'un transfert d'entreprise, la Commission porte depuis toujours une attention spéciale à toute relation intersociétés, commerciale ou familiale préexistante entre le prédécesseur et le prétendu successeur . . . Si les deux entreprises sont exploitées «dans le même secteur» (si par exemple elles fournissent le même produit, d'une façon à peu près semblable et au même marché ou aux mêmes clients potentiels), il se peut qu'un transfert d'entreprise ait eu lieu, bien qu'il soit très difficile à déceler. En pareilles circonstances, il peut être important d'étudier attentivement les liens préexistants ou les liens de contrôle commun auxquels sont assujettis à la fois le prétendu prédécesseur et le prétendu successeur. C'est cette analyse qui est précisément engagée par la Commission à l'égard d'une requête présentée sous le régime du paragraphe 1(4) [la disposition relative à l'employeur unique en Ontario] mais celle-ci s'applique également aux requérants en vertu de l'article 55 et c'est pour cette raison que les requêtes invoquent habituellement le paragraphe 1(4) de façon subsidiaire. Il ne serait pas approprié de voir dans cet examen un «critère» concluant à l'égard de l'obligation du successeur; lorsqu'il existe un

posed to infer a "transfer" if there is the slightest evidence of such transaction. [Emphasis added.]

See also: *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.*, *supra*.

But while the existence of related companies may justify a less restrictive approach to the question of whether or not successorship has occurred, the fact remains that corporate interrelationship without some evidence of disposition will not be sufficient to trigger the successorship provisions.

The Newfoundland Labour Relations Board has until this case followed the same approach as other boards when addressing successorship in the construction industry. For example, in *Re International Association of Machinists v. Professional Personnel Services Ltd. and C.P. Personnel Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, unreported, Sept. 1985) a unionized company had an airport security contract and later a non-unionized company was given the contract. Both companies were controlled and run by the same individual. The Board held that a disposition had not occurred and denied the successor rights application. The fact of common majority shareholdings and a possible relationship between the two companies was considered insufficient to invoke s. 89 because there must still be in fact a sale or other disposition.

In *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. N. D. Dobin Ltd. and Bradco Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, unreported without written reasons, March 1985—cited in dissenting opinion of the Board), a unionized and a non-unionized company were owned and run by the same principals, shared office space, personnel and expenses. The companies also shared equipment through inter-company rentals. The Board denied the union's s. 89 application because it found there was no disposition. One of the reasons

lien intersociétés préexistant entre le prédécesseur et le successeur, la Commission est prête à conclure à l'existence d'un «transfert» dès qu'il y a la moindre preuve d'une telle opération. [Je souligne.]

^a Voir aussi: *United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.*, précité.

Toutefois, même si l'existence de sociétés apparentées peut justifier l'adoption d'une attitude moins stricte à l'égard de la question de savoir si l'obligation du successeur s'applique, il n'en demeure pas moins que des liens intersociétés sans quelque élément de preuve d'une aliénation ne suffiront pas à entraîner l'application des dispositions sur l'obligation du successeur.

Jusqu'à l'affaire qui nous occupe, le Labour Relations Board de Terre-Neuve avait suivi la même attitude que d'autres commissions lorsqu'elle était saisie de questions portant sur l'obligation du successeur dans l'industrie de la construction. Par exemple, dans l'affaire *Re International Association of Machinists v. Professional Personnel Services Ltd. and C.P. Personnel Ltd.* (Labour Relations Board de Terre-Neuve, décision inédite, sept. 1985), une société syndiquée détenait un contrat de sécurité aéroportuaire qui a par la suite été confié à une société non syndiquée. Les deux sociétés étaient contrôlées et gérées par la même personne. La Commission a conclu qu'il n'y avait pas eu aliénation et elle a refusé d'ordonner l'application de l'obligation du successeur. Elle a jugé que le fait de la propriété commune de la majorité des actions et d'un lien possible entre les deux sociétés était insuffisant pour donner lieu à l'application de l'art. 89 puisqu'il fallait de fait une vente ou un autre acte d'aliénation.

Dans l'affaire *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. N. D. Dobin Ltd. and Bradco Ltd.* (Labour Relations Board de Terre-Neuve, décision inédite, sans motifs écrits, mars 1985, citée dans l'opinion dissidente de la Commission), deux sociétés, l'une syndiquée et l'autre non syndiquée, appartenaient aux mêmes personnes, étaient dirigées par celles-ci et partageaient des aires de bureau, du personnel et des dépenses. Les sociétés partageaient également du matériel au moyen de contrats de location intersociétés. La Commission

for this finding was the fact that both companies were still active and ongoing enterprises.

Conversely, in *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. Robco Ltd. and Brookfield Investments Ltd.* (Newfoundland Labour Relations Board, unreported, May 1985) and in *Pinsent, supra*, successorship declarations were granted where the original company ceased to exist and the second company increased its operations.

These cases reveal that, until this decision, the Newfoundland Board has followed traditionally accepted jurisprudence with respect to successorship provisions in the construction industry. If a principal has left the union company, or if the first company has lost work or is wound down, successorship may succeed. If none of these factors is present the mere practice of double breasting will not be sufficient to establish successorship as nothing has been transferred, in the classic sense of a loss to the union company accompanied by a corresponding gain to the non-union company.

I cannot leave consideration of the scope of s. 89(2) of the Act without reference to three cases relied on by the appellant for the contention that the section could extend to circumstances short of a clear conveyance from one company to another. The appellant cited *Kelly Douglas & Co., supra*; *Frank Browne Acoustics, supra*; and *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904, supra*, in support of its contention that the relationship between Lester and Planet and the presence of the Lesters performing bids for both companies could properly fall within the meaning of "other disposition". While it is true that in these cases the labour boards in question determined that simple legal configurations such as incorporation cannot be used in derogation of hard-won bargaining rights,

n'a pas accueilli la requête présentée par le syndicat sous le régime de l'art. 89 parce qu'elle a conclu qu'il n'y avait pas aliénation. L'un des motifs de cette conclusion était le fait que les deux sociétés étaient toujours des entreprises actives et fonctionnelles.

À l'inverse, dans *United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. Robco Ltd. and Brookfield Investments Ltd.* (Labour Relations Board de Terre-Neuve, décision inédite, mai 1985) et dans *Pinsent, précitée*, des décisions déclaratoires reconnaissant l'obligation du successeur ont été rendues lorsque la société originale a cessé d'exister et que la deuxième société a accru ses opérations.

Il ressort de ces affaires que, jusqu'à cette décision, la Commission de Terre-Neuve avait suivi la jurisprudence traditionnellement acceptée à l'égard des dispositions relatives à l'obligation du successeur dans l'industrie de la construction. Si un directeur a quitté la société syndiquée, ou si la première société a perdu des travaux ou qu'elle a réduit progressivement ses activités, l'obligation du successeur peut être reconnue. Lorsqu'aucun de ces facteurs n'est présent, le seul fait d'avoir recours à une exploitation à double volet ne suffit pas à établir l'existence d'une obligation du successeur puisque rien n'a été transféré, au sens classique d'une perte pour la société syndiquée accompagnée d'un gain correspondant pour la société non syndiquée.

Je ne puis conclure mon examen de la portée du par. 89(2) de la Loi sans mentionner les trois décisions sur lesquelles se fonde l'appelante pour faire valoir que la disposition pourrait embrasser des circonstances où il ne s'agit pas clairement d'un transfert d'une société à une autre. L'appelante a cité les décisions *Kelly Douglas & Co., précitée*; *Frank Browne Acoustics, précitée*, et *Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904, précitée*, à l'appui de sa prétention selon laquelle la relation entre Lester et Planet de même que la présence des Lester dans la présentation de soumissions pour les deux sociétés pouvaient clairement être visées par le sens donné à l'expression «tout autre acte d'aliénation.» Même s'il est vrai que dans ces affaires, les commissions du travail en cause ont conclu

they are distinguishable from the present case. In all of these cases the evidence in favour of successorship went well beyond the mere existence of related companies.

In *Kelly Douglas & Co.*, there had been a corporate reorganization, which resulted in work previously performed by some branches of the company being transferred to other branches, with the result that some outlets were closed. In effect, work was transferred. In *Frank Browne Acoustics*, one of the two principals had left the union company. Thus the asset (the principal's expertise, knowledge etc.) was transferred. In *Pinsent*, there was evidence that the union companies had lost work because of the creation of the non-union double breasted company. Again, work was transferred.

In summary, in none of these cases was the mere presence of two companies operating side by side sufficient to trigger successorship. There must be more to indicate a transfer or disposition. In *Re N & L Construction Ltd.* (1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 271, the Newfoundland Court of Appeal was again faced with the question of whether there was a transfer of business within s. 89 of the Act. The evidence had established that there had been very little new work performed or bid on by the union company once the non-union company was set up. Gushue J.A. therefore upheld a trial division judgment affirming the original ruling of the Board. In doing so, he stressed the importance of that additional element. At page 275, he stated:

Having accepted that the board's decision should stand, I would add that I do so based on the strong facts of this case in support of such transfer or disposal. I do not agree with the board that s. 89 is a suitable vehicle, generally speaking, for dealing with "double-breasting" situations and I certainly do not accept the proposition that persons holding controlling shareholdings in companies which happen to be unionized, may never engage in

qu'on ne peut employer de simples moyens légaux comme la constitution d'une société pour porter atteinte à des droits de négociation durement gagnés, ces décisions peuvent se distinguer de l'es-
 a pèce. Dans toutes ces affaires, la preuve à l'appui de l'obligation du successeur allait bien au-delà de la seule existence de sociétés apparentées.

Dans l'affaire *Kelly Douglas & Co.*, à la suite
 b d'une réorganisation de la société, des travaux auparavant accomplis par certaines succursales de la société avaient été transférés à d'autres succursales, entraînant de la sorte la fermeture de certains points de vente. Des travaux avaient, de fait,
 c été transférés. Dans l'affaire *Frank Browne Acoustics*, l'un des deux directeurs avait quitté la société syndiquée. Par conséquent, il y avait eu transfert de l'actif (le savoir-faire, la connaissance,
 d etc. du directeur). Dans l'affaire *Pinsent*, la preuve a montré que les sociétés syndiquées avaient perdu des travaux en raison de la création de l'exploitation à double volet non syndiquée. Encore une fois, il y avait eu transfert de travaux.

e En résumé, dans aucune de ces affaires la présence de deux sociétés fonctionnant côte à côte n'a suffi à elle seule à entraîner l'application de l'obligation du successeur. Il en faut plus pour indiquer
 f un transfert ou une aliénation. Dans *Re N & L Construction Ltd.* (1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 271, la Cour d'appel de Terre-Neuve a été saisie de nouveau de la question de savoir s'il y avait transfert au sens de l'art. 89 de la Loi. La preuve
 g avait établi que la société syndiquée avait fait très peu de travaux ou de soumissions après la création de la société non-syndiquée. Le juge Gushue a donc maintenu la décision de première instance qui avait confirmé la décision initiale de la Commission. Ce faisant, il a insisté sur l'importance de cet
 h élément additionnel et a déclaré ceci à la p. 275:

[TRADUCTION] Il y a lieu de maintenir la décision de la Commission. J'aimerais ajouter que cette conclusion
 i est fondée sur les faits déterminants de cette affaire à l'appui du transfert ou de l'aliénation. Je ne partage pas l'opinion de la Commission selon laquelle l'art. 89 est, de façon générale, un moyen adéquat pour régler des exploitations «à double volet» et je n'accepte certaine-
 j ment pas la proposition selon laquelle des personnes qui détiennent suffisamment d'actions pour contrôler des sociétés syndiquées ne peuvent jamais s'engager dans

other nonunionized endeavours, incorporated or otherwise. [Emphasis added.]

I conclude that a finding of successorship based on common shareholdings and a common business enterprise is clearly insufficient on the established jurisprudence to bring the case within s. 89 of the Act. Nor is it sufficient to show that the same people own or work for both companies. What must be established is that the first company must have conveyed some aspect of the business to the second company.

(b) The Advent of Common Employer Provisions

The obligation on the Union to establish the transfer required by successorship provisions may be difficult to discharge in the construction context. As the Ontario Board explained in *Brant Erecting and Hoisting; Re Iron Workers' Union*, [1980] OLRB Rep. July 945, at pp. 948-49:

A single principal may have several companies which are used, more or less interchangeably, so that bidding is done and work performed through whichever company is convenient. In such circumstances there may be an effective transfer of business between related businesses without any apparent disposition of assets, inventory, trade names, goodwill, employees, etc. Similarly, where capital requirements are minimal and business relationships transitory, it is relatively easy to wind up one business, and create another one which carries on essentially the same business as before. Indeed there will often be good commercial reasons for doing so unrelated to any express desire to undermine the union's bargaining rights Again, it is quite possible to do this without a clear and concrete disposition between the two firms so as to call section 55 [the successor provisions] into play.

For this reason, unions have long sought stronger protection than is provided under successorship provisions. Contractors have also sought changes, arguing that, especially in a poor economy, they can not be competitive if unable to bid on projects

d'autres entreprises non syndiquées, constituées en société ou autrement. [Je souligne.]

Je conclus qu'en vertu de la jurisprudence établie, il ne suffit pas de fonder l'existence de l'obligation du successeur sur la possession commune d'actions et une entreprise commerciale commune pour que l'affaire soit assujettie à l'application de l'art. 89 de la Loi. Il ne suffit pas non plus de démontrer que les mêmes personnes sont propriétaires des deux sociétés ou qu'elles travaillent pour les deux. Il faut établir que la première société a transmis un aspect de l'entreprise à la deuxième société.

b) L'adoption de dispositions relatives à l'employeur unique

Il peut être difficile pour le syndicat de s'acquitter du fardeau d'établir l'existence du transfert nécessaire à l'application des dispositions relatives à l'obligation du successeur dans le contexte de l'industrie de la construction. Comme l'a dit la Commission de l'Ontario dans l'affaire *Brant Erecting and Hoisting; Re Iron Workers' Union*, [1980] OLRB Rep. juillet 945, aux pp. 948 et 949:

[TRADUCTION] Un seul directeur peut disposer de plusieurs sociétés qu'il utilise de façon plus ou moins interchangeable, choisissant dans chaque cas celle qui est la plus appropriée pour présenter des soumissions et accomplir des travaux. En pareilles circonstances, il peut effectivement y avoir transfert d'entreprise entre des entreprises apparentées, sans aliénation apparente d'actif, de stock, de marque de commerce, d'achalandage, d'employés, etc. De même, lorsque les besoins en capital sont peu importants et les liens d'entreprise transitoires, il est relativement facile de liquider une entreprise pour en créer une autre qui se livre essentiellement à la même activité qu'auparavant. En fait, il existe souvent de bonnes raisons commerciales pour procéder ainsi, sans qu'on cherche expressément à miner les droits de négociation du syndicat Encore une fois, on peut fort bien procéder ainsi sans qu'il n'y ait entre les deux entreprises une aliénation claire et réelle susceptible d'entraîner l'application de l'article 55 [les dispositions relatives à l'obligation du successeur].

C'est pour cette raison que les syndicats recherchent depuis longtemps une meilleure protection que celle qui découle des dispositions relatives à l'obligation du successeur. Les entrepreneurs ont également demandé des modifications en faisant

at non-union prices. (For a good summary of the various arguments raised in respect of double breasting see *Concerned Contractors Action Group v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council* (1986), 13 CLRBR (NS) 121 (B.C.)).

Different provincial legislatures have responded to these respective demands of unions and contractors in different ways. For example, in British Columbia recent amendments to successorship provisions provide that the transfer of a principal alone is not sufficient to finding successorship. Thus in the context of the construction industry the movement of a key figure would no longer alone be sufficient to establish successorship. However, the British Columbia Act, like the federal and many of the provincial Acts, also contains what is known as a "common employer" provision, the most common response to concerns raised in the construction industry.

As noted earlier, common or related employer provisions presently exist in the federal, British Columbia, Alberta, Manitoba, Nova Scotia, Ontario and Saskatchewan Labour Acts. Such provisions allow boards to address double breasting (where appropriate to do so) by giving the board the ability to declare that two employers are common employers and to treat them as one employer for the purpose of the Act. This permits the board to impose the collective agreement of a union company on the non-union company and thus to control the practice of double breasting. However, unlike the successor provisions which, in most jurisdictions operate automatically (if disposition is found the collective agreement shall be imposed) common employer provisions are discretionary. A declaration will succeed only if there is a valid labour relations purpose to be achieved: *Mackie Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1974), BCLRB No. L107/81; *International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Work-*

valoir que, dans une économie faible tout particulièrement, ils ne peuvent être concurrentiels s'il ne leur est pas loisible de présenter des soumissions à des taux non syndiqués. (Pour un bon résumé des divers arguments soulevés à l'égard des exploitations à double volet, voir *Concerned Contractors Action Group v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council* (1986), 13 CLRBR (NS) 121 (C.-B.))

Les divers législateurs provinciaux ont répondu de diverses façons à ces demandes des syndicats et des entrepreneurs. En Colombie-Britannique par exemple, des modifications récentes apportées aux dispositions relatives à l'obligation du successeur prévoient que le transfert d'un directeur seulement ne suffit pas à entraîner l'application de l'obligation du successeur. Par conséquent, dans le contexte de l'industrie de la construction, le déplacement d'une personne clé ne suffirait plus à établir l'application de l'obligation du successeur. Toutefois, la loi de la Colombie-Britannique, comme la loi fédérale et celle de bon nombre d'autres provinces, contient aussi une disposition relative à «l'employeur unique», qui est la réponse généralement apportée aux préoccupations soulevées dans l'industrie de la construction.

Comme je l'ai dit plus tôt, les dispositions relatives à l'employeur unique existent à l'heure actuelle dans la loi fédérale de même que dans les lois de la Colombie-Britannique, de l'Alberta, du Manitoba, de la Nouvelle-Écosse, de l'Ontario et de la Saskatchewan. Ces dispositions habilent les commissions saisies de questions relatives à des exploitations à double volet, le cas échéant, à déclarer que deux employeurs sont des employeurs communs et à les traiter comme un employeur unique pour les fins de la loi. Ceci permet à la commission d'imposer la convention collective d'une société syndiquée à une société non syndiquée et, partant, de contrôler la pratique du double volet. Toutefois, contrairement aux dispositions relatives à l'obligation du successeur qui, dans la plupart des ressorts, s'appliquent de façon automatique (si l'aliénation est établie, il y a imposition de la convention collective), les dispositions relatives à l'employeur unique sont discrétionnaires. La Commission ne rendra une décision déclaratoire en ce sens que si

ers v. Empire Iron Works Ltd. (1986), 86 CLLC ¶ 16,027 (Alta.). Moreover, labour boards have noted that they will not grant such a declaration where it is clear that a union is attempting to use a common declaration in circumstances where they are unable to achieve certification: *Tri Power Construction Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1984), 8 CLRBR (NS) 332 (B.C.); *International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.*, *supra*; *International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Workers v. Empire Iron Works Ltd.*, *supra*.

Newfoundland is no exception to the demands for stronger protection against double breasting than traditionally provided by successorship provisions. Newfoundland construction unions have argued for change, pointing out that s. 89, as it now exists in the Act, does not address the issue of double breasting. Companies have countered by voicing their concern to remain competitive. The Construction Industry Advisory Committee in Newfoundland recommended against change: *Report of the Construction Industry Advisory Committee*. The Committee observed as follows:

The union representatives that the committee heard from were adamant that the present Section 89 as it now exists in the Labour Relations Act is inadequate to protect the rights of the unions and their members. They claim that it is only in the most blatant cases that the Labour Relations Board is able to find the evidence that one company has indeed “*transferred . . . sold or otherwise disposed of its business*” to another. Compounding the situation is the fact that the onus of proof rests in these cases on the unions and our present Act has no common employer provision. Also, in this Province we have no provision similar to that found in the Ontario Labour Relations Act where a respondent to an application made by a union under their equivalent of our

cela permet de réaliser des objectifs valides en matière de relations du travail: *Mackie Bros. Sand & Gravel Ltd.* (1974), BCLRB n° L107/81; *International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Workers v. Empire Iron Works Ltd.* (1986), 86 CLLC ¶ 16,027 (Alb.). De plus, les commissions du travail ont souligné qu’elles ne feraient pas droit à une telle demande lorsqu’il est évident que le syndicat sollicite une déclaration relative à l’employeur unique dans des circonstances où il est incapable d’obtenir une accréditation: *Tri Power Construction Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America* (1984), 8 CLRBR (NS) 332 (C.-B.); *International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.*, précité; *International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Workers v. Empire Iron Works Ltd.*, précité.

Comme partout ailleurs, les syndicats de Terre-Neuve ont demandé une meilleure protection contre la pratique du double volet que celle qui est traditionnellement assurée par les dispositions relatives à l’obligation du successeur. Les syndicats de la construction de Terre-Neuve ont appuyé leur demande de modification en soulignant que l’art. 89, dans son libellé actuel, ne traite pas de la question des exploitations à double volet. Les entreprises ont répondu en faisant valoir la nécessité de demeurer compétitives. Le Construction Industry Advisory Committee de Terre-Neuve a recommandé de n’apporter aucune modification. Dans *Report of the Construction Industry Advisory Committee*, le Comité a fait les observations suivantes:

[TRADUCTION] Les représentants syndicaux qui se sont présentés devant le comité ont fait valoir avec force que le libellé actuel de l’article 89 de la Labour Relations Act ne protège pas adéquatement les droits des syndicats ou de leurs membres. Selon eux, ce n’est que dans les cas les plus flagrants que la Labour Relations Board est en mesure de trouver suffisamment de preuve pour conclure qu’une société a effectivement «*transféré . . . vendu ou aliéné par d’autres moyens son entreprise*» en faveur d’une autre. La situation est d’autant plus compliquée que dans ces affaires, le fardeau de la preuve incombe aux syndicats et que notre Loi actuelle ne comporte aucune disposition relative à l’employeur unique. De plus, nous n’avons dans notre province

Section 89, has to adduce all facts within its knowledge that are material or may be unavailable to the applicant.

To date, common employer provisions have not been adopted in Newfoundland.

(c) Summary of Legal Remedies for Double Breastings

The foregoing review establishes that successorship provisions such as s. 89(1) permit a representation order to meet the problem of double breasting only where a transfer can be established. If no transfer can be established, the Union may succeed under common employer provisions, where these exist. In practice, in jurisdictions where both successor and common employer provisions exist, unions will often bring applications under both sections.

The absence of common employer provisions in Newfoundland leaves only one question: was there any evidence upon which the majority at the Labour Board could have found that a transfer, lease, sale or other disposition occurred in the sense of an identifiable conveyance of assets, work or other aspects of the business of the unionized company, Lester, to the non-unionized company, Planet?

B. Whether There was any Evidence to Substantiate the Finding of the Majority?

As stated at the outset, the Court in reviewing labour decisions is not concerned with whether or not the decision is "correct" but rather is concerned with whether or not the decision is "patently unreasonable". If there is any evidence capable of supporting a finding of successorship, the Court

a aucune disposition semblable à celle qui figure dans la Loi sur les relations de travail de l'Ontario, en vertu de laquelle les intimés dans une requête présentée par un syndicat en vertu du pendant de notre art. 89 sont tenus d'exposer tous les faits à leur connaissance qui sont pertinents ou qui peuvent ne pas être disponibles pour le requérant.

b À ce jour, aucune disposition relative à l'employeur unique n'a été adoptée à Terre-Neuve.

c) Sommaire des recours judiciaires à l'égard des exploitations à double volet

c Il ressort de l'examen qui précède que les dispositions relatives à l'obligation du successeur comme le par. 89(1) ne permettent de résoudre le problème des exploitations à double volet au moyen d'une ordonnance déclaratoire que lorsqu'il est possible d'établir qu'un transfert a eu lieu. S'il est impossible d'établir la preuve d'un transfert, le syndicat peut obtenir gain de cause en invoquant les dispositions relatives à l'employeur unique, s'il en est. En pratique, dans les ressorts où les lois contiennent des dispositions visant à la fois l'obligation du successeur et l'employeur unique, les syndicats présentent souvent des requêtes fondées sur les deux dispositions.

f L'absence de dispositions relatives à l'employeur unique à Terre-Neuve ne laisse donc qu'une seule question: existe-t-il des éléments de preuve sur lesquels la majorité de la Commission des relations du travail aurait pu se fonder pour conclure qu'un transfert, une location, une vente ou un autre acte d'aliénation a eu lieu sous la forme d'une cession identifiable d'actif, de travaux ou d'autres aspects de l'entreprise de la société syndiquée, Lester, en faveur de la société non syndiquée, Planet?

g B. Y avait-il des éléments de preuve pour appuyer la conclusion de la majorité?

h Comme je l'ai dit au début, lorsqu'elle examine des décisions en matière de relations du travail, la Cour ne s'interroge pas sur la «justesse» de la décision mais plutôt sur son caractère «manifestement déraisonnable». S'il existe un élément de preuve susceptible d'appuyer une conclusion reconnaissant l'existence de l'obligation du successeur, la Cour maintiendra la décision de la Commission même si cette décision ne correspond pas à la

will defer to the Board's finding even though it may not have reached the same conclusion. However, absent such evidence, the decision must fall.

Although the testimony before the Board was sometimes contradictory, my review of the transcript reveals that there was no evidence to support the Board's conclusion that a transfer or "other disposition" had taken place.

(1) *Transfer of Employees*

There was no evidence that any employees were transferred from Lester to Planet. There was contradicted evidence that a transfer had been considered. Dan Whalen and Ben McCann testified that Brent Lester told them that he expected to transfer certain employees—Dave Goodyear, Wally Coady, and Joe Fitzpatrick—from the Clarenville job (Lester's job site) job to the Burin job if they agreed to quit the union. This evidence was contradicted by other testimony:

(a) Brent Lester denied making this statement;

(b) In cross examination McCann admitted that no Lester Ltd. employees were hired by Planet;

(c) While Wally Coady did not testify as to whether or not he had previously worked for Lester he did testify that he had not joined the union until just before the Burin job, so it would have been difficult for him to have worked for Lester, a unionized contractor.

(d) According to Brent Lester, Joe Fitzpatrick was never hired on the Burin job.

(e) There is no other evidence as to the identity and activities of the employee Dave Goodyear.

The majority of the Board appears to have accepted that there was no evidence that employees were transferred, but discounted the significance of this on the ground that "in the construction industry, it is of little or no weight".

conclusion qu'aurait tirée la Cour. Par contre, en l'absence de tels éléments de preuve, la décision doit être annulée.

Même si les dépositions faites devant la Commission étaient parfois contradictoires, il ressort de mon examen de la transcription qu'il n'y avait aucun élément de preuve pour appuyer la conclusion de la Commission portant qu'un transfert ou «un autre acte d'aliénation» avait eu lieu.

(1) *Transfert d'employés*

Aucun élément de preuve n'établit que des employés ont été transférés de Lester à Planet. Des dépositions contradictoires ont été présentées quant à l'intention de transférer des employés. Dan Whalen et Ben McCann ont déclaré avoir appris de Brent Lester que ce dernier prévoyait transférer certains employés—Dave Goodyear, Wally Coady et Joe Fitzpatrick—du chantier de Clarenville (chantier de Lester) au chantier de Burin s'ils consentaient à se retirer du syndicat. Ces dépositions ont été contredites:

a) Brent Lester a nié avoir fait cette déclaration;

b) Au cours du contre-interrogatoire, McCann a admis qu'aucun employé de Lester Ltd. n'avait été engagé par Planet;

c) Même s'il n'a fait aucune déclaration quant à la question de savoir s'il avait déjà travaillé pour Lester, Wally Coady a déclaré ne s'être syndiqué qu'au moment du chantier de Burin, de sorte qu'il aurait difficilement pu travailler pour Lester, entrepreneur syndiqué.

d) Selon Brent Lester, Joe Fitzpatrick n'a jamais été embauché sur le chantier de Burin.

e) Aucun autre élément de preuve n'a été produit quant à l'identité et aux activités de l'employé Dave Goodyear.

La majorité de la Commission semble avoir reconnu qu'il n'y avait aucun élément de preuve établissant que des employés avaient été transférés, mais elle a minimisé l'importance de ce fait en invoquant le principe selon lequel [TRADUCTION] «dans l'industrie de la construction, ce fait n'a que peu d'importance, s'il en a».

(2) *Intermingling of Equipment and Finances*

Jimmy Cheeseman testified that Brent Lester had told him to take a welding machine from the Burin site to use at Cow Head. His testimony was contradicted by Brent Lester, who explained that this was not possible as an electric welding machine would not work at Cow Head because there was no electrical source there. As to other matters, Brent Lester testified that:

(a) items shipped by suppliers to the Burin site might have been accidentally addressed to Lester Ltd. instead of Planet but that this error would have been due to the supplier and the items were purchased on Planet purchase orders;

(b) Brent Lester had on at least one occasion provided advances to Planet employees using Lester Ltd. cheques when the Planet payroll system had broken down;

(c) Planet's bonding line was supported by guarantees from the Lester Family, Regent Enterprises Ltd. and Lester Holdings Ltd.;

(d) Planet and Lester owned or rented their own equipment but, on occasion, the companies would rent equipment to each other.

While this evidence would be relevant if the application brought was a common or related employer application, it provides no evidence of a transfer or disposition of business. In particular, there is no evidence that any equipment, money or finances were relinquished by Lester and subsequently obtained by Planet.

(3) *Anti-union animus*

The evidence on this point is of little assistance, since even if anti-union *animus* were established, that would not establish that a transfer occurred under s. 89 of the Act on the legal criteria set out earlier.

However, since the Board referred to this issue in reaching its decision, a brief review of the evidence on it may not be amiss. At best, the

(2) *Usage commun du matériel et des services financiers*

Jimmy Cheeseman a déclaré que Brent Lester lui a dit de prendre une soudeuse du chantier Burin pour l'utiliser à Cow Head. Sa déposition a été contredite par Brent Lester qui a expliqué que cela n'était pas possible puisqu'une soudeuse électrique ne pouvait être employée à Cow Head étant donné qu'il n'y avait aucune source d'électricité à cet endroit. En ce qui a trait aux autres questions, Brent Lester a déclaré ce qui suit:

a) Il se peut que des matériaux expédiés par des fournisseurs au chantier de Burin aient été adressés par inadvertance à Lester Ltd. plutôt qu'à Planet, mais il s'agirait alors d'une erreur du fournisseur; les matériaux ont été achetés sur des commandes de Planet;

b) À au moins une occasion, Brent Lester a fourni des avances aux employés de Planet sur des chèques de Lester Ltd. lorsque le système de paye de Planet était en panne;

c) Le cautionnement de Planet était appuyé par des garanties de la famille Lester, de Regent Enterprises Ltd. et de Lester Holdings Ltd.;

d) Planet et Lester possédaient ou louaient leur propre matériel, mais elles pouvaient à l'occasion se louer du matériel entre elles.

Ces éléments de preuve, qui pourraient être pertinents si la requête invoquait une disposition relative à l'employeur unique, n'établissent pas toutefois qu'il y a eu transfert ou aliénation d'entreprise. De façon plus précise, la preuve n'établit pas que du matériel, de l'argent ou des services financiers ont été cédés par Lester et obtenus subséquemment par Planet.

(3) *Antisindicalisme*

Les éléments de preuve à ce sujet ne sont pratiquement d'aucune utilité puisque même si l'on réussissait à établir la présence d'antisindicalisme, cela ne prouverait pas qu'un transfert a eu lieu au sens de l'art. 89 de la Loi, selon les critères jurisprudentiels déjà mentionnés.

Toutefois, puisque la Commission a mentionné ce point dans les motifs de sa décision, il peut être opportun de procéder à un examen rapide de la

evidence as to anti-union *animus* must be regarded as weak.

Dan Whalen, business agent for the union, and Ben McCann, business manager for the union, testified that Brent Lester told them he was doing the Burin job with Planet in order to avoid the union. Bill Cheeseman, a member of the union, testified that when he visited the Burin site he was told by Keating, an employee at the site, that if he wanted to work on the Burin Hospital "you'll have to tear up your union card like we had to do". Cheeseman also testified that Brent Lester had offered him a union job at non-union wages.

This evidence is refuted by the following evidence:

(a) There was no evidence to substantiate the claims of Whalen and McCann that Brent bid the Burin project with Planet in order to avoid the union;

(b) Brent Lester testified that Cheeseman was not hired because he lacked the necessary ticket. The person who was hired to perform the work that Cheeseman claims he was initially offered by Brent Lester at lower than union rate was in fact paid the union rate;

(c) Brent Lester testified that he would have preferred to use Lester to do the Burin job as Lester employees had gained experience working on a similar hospital project at Clarenville such that it would have been easier to perform the work through Lester than through Planet;

(d) Keith Keating and Wally Coady were hired to work at the Burin site. Coady testified that he was not told he would have to tear up his card before working at the site. Both were card carrying union members, and Brent Lester was aware of their union status. Keith Keating denies being told that he would have to give up his union

preuve. Au mieux, la preuve relative à l'antisyndicalisme doit être jugée faible.

Dan Whalen, agent d'affaires syndical, et Ben McCann, directeur syndical, ont déclaré que Brent Lester leur a dit qu'il procédait aux travaux de Burin par l'intermédiaire de Planet de façon à éviter de traiter avec le syndicat. Bill Cheeseman, membre du syndicat, a déclaré que lorsqu'il visitait le chantier de Burin, un employé du chantier, nommé Keating, lui a dit que s'il voulait du travail au chantier de l'hôpital de Burin: [TRADUCTION] «il te faudra déchirer ta carte syndicale comme nous avons dû le faire». Cheeseman a également déclaré que Brent Lester lui avait offert un emploi syndiqué à des taux non syndiqués.

Ces témoignages sont réfutés par les éléments de preuve suivants:

a) Aucun élément de preuve n'a été produit pour étayer les prétentions de Whalen et de McCann selon lesquelles Brent a présenté des soumissions pour le projet de Burin par l'intermédiaire de Planet de façon à éviter de traiter avec le syndicat;

b) Brent Lester a déclaré que Cheeseman n'avait pas été embauché parce qu'il n'était pas en possession du document nécessaire. La personne qui a été embauchée pour accomplir le travail qui, au dire de Cheeseman, lui aurait d'abord été offert par Brent Lester à un taux inférieur au taux syndical, a en fait été rémunérée au taux syndical;

c) Brent Lester a déclaré qu'il aurait préféré confier à Lester le projet de Burin puisque les employés de Lester avaient acquis de l'expérience en travaillant sur un projet de construction d'un hôpital semblable, à Clarenville, de sorte qu'il aurait été plus facile d'accomplir le travail par l'intermédiaire de Lester que par celui de Planet;

d) Keith Keating et Wally Coady ont été engagés pour travailler au chantier de Burin. Coady a déclaré ne pas avoir été avisé qu'il lui faudrait déchirer sa carte pour pouvoir travailler sur ce chantier. Keating et lui étaient tous deux membres du syndicat, et Brent Lester savait qu'ils étaient syndiqués. Keith Keating nie avoir été

status in order to work at the site. Keith Keating also denies telling Cheeseman that he would have to tear up his card to work at the site. Rather, he testified that when Whalen (the business agent) and Cheeseman came to the site they threatened to “shut it down”, and Keating then told Whalen that if Whalen wanted his card he would tear it up in front of him.

(4) *Principals/Expertise*

This is the crucial element in this case. Evidence before the Board clearly established that Brent and Wade Lester performed work for both companies and that Brent Lester performed bidding on behalf of both companies. The Court of Appeal discounted this factor on the ground that Lester did not transfer the expertise to Planet, but rather, that it was the decision of Brent and Wade Lester operating in the course of their duties with the respective companies as to how their talents should be applied. The appellant submits that this interpretation fundamentally misconstrues the position of employees/managers/directors in relation to the companies for which they work.

Given the interrelationship between the two companies in question, I agree that it may not be appropriate to distinguish between the principals of the company and the company itself, as did the Court of Appeal. Nevertheless, it remains difficult to see on what basis a transfer or disposition of expertise can be said to have occurred. Both companies are entitled to use the expertise of the Lester brothers. The fact that Planet did so cannot be construed as a question of Lester's having relinquished the services of Brent and Wade. The evidence shows that the two companies, through their common employees, assisted each other—“mutual back scratching”, as the Court of Appeal graphically put it. For example, in relation to the Cow Head job, Lester received from Planet the information and prices which enabled Lester to obtain the contract. Conversely, when working at the Burin site Planet benefited from previous knowledge attained by Lester at the Clarenville

avisé de la nécessité de cesser d'être membre du syndicat pour pouvoir travailler sur le chantier. Il nie également avoir affirmé à Cheeseman qu'il lui faudrait déchirer sa carte pour travailler sur le chantier. Il a plutôt déclaré que lorsque Whalen (l'agent d'affaires syndical) et Cheeseman se sont présentés sur le chantier, ils ont menacé de [TRADUCTION] «le fermer», après quoi Keating a répondu à Whalen que si ce dernier voulait sa carte, il était prêt à la déchirer devant lui.

(4) *Directeurs/savoir-faire*

Il s'agit de l'élément crucial en l'espèce. La preuve produite devant la Commission a établi clairement que Brent et Wade Lester exécutaient des travaux pour les deux sociétés et que Brent Lester présentait des soumissions au nom des deux sociétés. La Cour d'appel n'a pas tenu compte de ce facteur parce que, selon elle, Lester n'a pas transféré le savoir-faire à Planet et que c'était plutôt Brent et Wade Lester qui décidaient, dans le cadre de leurs fonctions auprès des sociétés respectives, comment leurs talents devaient être utilisés. L'appelante prétend que cette interprétation fausse fondamentalement la position des employés, cadres et directeurs à l'égard des sociétés pour lesquelles ils travaillent.

Étant donné l'interrelation entre les deux sociétés en cause, je reconnais qu'il n'est peut-être pas approprié d'établir une distinction entre les directeurs de la société et la société elle-même, comme l'a fait la Cour d'appel. Toutefois, il demeure difficile de voir comment on peut fonder la prétention qu'un transfert ou une aliénation de savoir-faire a eu lieu. Les deux sociétés ont le droit d'employer le savoir-faire des frères Lester. Le fait que Planet y ait eu recours ne peut être interprété comme une renonciation de Lester aux services de Brent et de Wade. La preuve montre que les deux sociétés, par l'intermédiaire de leurs employés communs, s'aidaient l'une l'autre—par un «échange de bons procédés» comme l'a expressivement décrit la Cour d'appel. En ce qui a trait aux travaux de Cow Head, Lester a reçu de Planet les renseignements et les prix qui lui ont permis d'obtenir le contrat. Inversement, en travaillant sur le chantier de Burin, Planet a profité des connaissances

site. The relationship is better described as a sharing of expertise than as a disposition from Lester to Planet.

Moreover, the expertise of Brent and Wade cannot be said to be expertise belonging to Lester. As the respondent argued, the word "expertise" is defined as an overall grasp of a subject process, etc. produced by ability, experience and skill. A person's expertise is something which has been built up or acquired over time. Lester was incorporated in 1978 and Planet in 1981. At the time of the hearing the expertise of Brent and Wade was expertise acquired over a period of years while working for both companies. Assuming that their expertise was a corporate asset, it is equally the asset of both Lester and Planet.

Finally, it is clear that the presence of Brent Lester in both companies did not result in a loss of work for Lester. The work which was available to Planet because of its non-union status was simply not available to the unionized company, Lester. The unrefuted evidence given at the hearing was that the presence of Planet has not resulted in any loss of work for Lester. Had Brent Lester been working for an unrelated company under the same circumstances, a successorship application would not have succeeded. The fact that Brent Lester has ownership in both companies cannot alter the fact that there is no evidence of disposition.

(5) *Summary of Evidence*

I conclude that, while the evidence demonstrates a certain level of cooperation between the two companies, there is no evidence of any disposition by Lester to Planet, either of work, assets, or expertise. The evidence is incapable of supporting the Board's conclusion that there had been a disposition under s. 89 of the Act.

Both companies were operating out of the same office with essentially the same principals. One of

ces obtenues antérieurement par Lester sur le chantier de Clarendville. La relation entre les deux sociétés s'apparente davantage à un partage de savoir-faire qu'à une aliénation par Lester en faveur de Planet.

De plus, il est impossible d'affirmer que le savoir-faire de Brent et de Wade est un savoir-faire qui appartient à Lester. Comme l'a prétendu l'intimée, l'expression «savoir-faire» se définit comme la compréhension globale d'un procédé, etc., obtenue par la compétence, l'expérience et l'habileté. Le savoir-faire d'une personne est un atout qui s'élabore ou qui s'acquiert avec le temps. Lester a été constituée en société en 1978, et Planet en 1981. Au moment de l'audience, le savoir-faire de Brent et de Wade était un savoir-faire qui avait été acquis pendant des années de travail auprès des deux sociétés. En supposant que leur savoir-faire constituait un actif des sociétés, c'était autant l'actif de Lester que celui de Planet.

Enfin, il ressort clairement que la présence de Brent Lester au sein des deux sociétés n'a pas entraîné la perte de travaux pour Lester. Les travaux dont pouvait se prévaloir Planet parce qu'elle n'était pas syndiquée n'étaient tout simplement pas disponibles pour la société syndiquée, Lester. La preuve irréfutée produite lors de l'audience établit que la présence de Planet n'a pas entraîné de perte de travaux pour Lester. Si Brent Lester avait travaillé pour une société non apparentée dans les mêmes circonstances, une demande de reconnaissance de l'obligation du successeur n'aurait pas été accueillie. Le fait que Brent Lester détient des actions des deux sociétés ne peut changer le fait qu'il n'y a aucune preuve d'aliénation.

(5) *Résumé de la preuve*

Même si la preuve montre qu'il y avait un certain degré de collaboration entre les deux sociétés, je conclus qu'il n'existe aucune preuve de quelque acte d'aliénation de Lester en faveur de Planet, qu'il s'agisse de travaux, d'actif ou de savoir-faire. La preuve ne peut appuyer la conclusion de la Commission portant qu'il y a eu aliénation au sens de l'art. 89 de la Loi.

Les deux sociétés étaient exploitées dans le même bureau, essentiellement par les mêmes

the principals bid union jobs for one of the companies and non-union jobs for the other. However, both companies continued to operate independently and there was no evidence that work which would have gone to the union company was passed through to the non-union company. In fact there was evidence to the contrary. Had the union company ceased to operate (or had its operation been significantly curtailed), the Board might have been correct in finding successorship. However, since both companies continued to operate, there was no identifiable disposition and thus no successorship. The only asset that could have been "sold, leased, transferred or otherwise disposed of" within s. 89 was the expertise of the principals who were bidding on projects, since the businesses were otherwise run as separate operations. But this expertise was clearly not "sold" or "leased". Nor was it "transferred", since the first company continued to operate and to retain the services of the principals in question. The same logic must apply to the phrase "otherwise disposes of"; whatever the scope of the phrase, it must denote that in some way the first company no longer has an asset because it has disposed of it to the second.

C. Was the Board's Decision Patently Unreasonable?

The absence of evidence establishing a transfer or disposition under s. 89 of that Act renders the Board's decision patently unreasonable. The Board was able to arrive at its conclusion only by construing the Act in an unprecedented and unjustified manner.

On the facts of this case, where the two companies were operating side by side, the normal route would be to apply for a common employer declaration. In the absence of a common employer provision in the Newfoundland *Labour Relations Act, 1977*, the majority of the Board appears to have

directeurs. L'un des directeurs soumissionnait des travaux syndiqués pour l'une des sociétés et des travaux non syndiqués pour l'autre. Toutefois, les deux sociétés étaient exploitées de façon indépendante et aucune preuve n'a été produite pour établir que des travaux qui auraient été confiés à la société syndiquée ont été transférés à la société non syndiquée. En fait, la preuve allait dans le sens contraire. Si la société syndiquée avait mis fin à son exploitation (ou que son exploitation avait été réduite de façon importante), la Commission aurait pu être fondée à conclure à l'application de l'obligation du successeur. Toutefois, puisque l'exploitation des deux sociétés se poursuivait, il n'y avait aucune aliénation identifiable et, partant, aucune application de l'obligation du successeur. Le seul élément d'actif qui aurait pu être «vendu, loué, transféré ou aliéné par d'autres moyens» au sens de l'art. 89 était le savoir-faire des directeurs qui soumissionnaient des travaux puisque, à tous autres égards, les entreprises étaient exploitées comme des entités distinctes. Mais ce savoir-faire n'a manifestement pas été «vendu» ni «loué». Il n'a pas non plus été «transféré», puisque la première société a continué à fonctionner et à retenir les services des directeurs en cause. La même logique doit s'appliquer à l'expression «aliène par d'autres moyens»; quelle que soit la portée de cette expression, elle doit indiquer que d'une façon quelconque, la première société ne possède plus un élément d'actif parce qu'elle en a disposé en faveur de la deuxième.

C. La décision de la Commission était-elle manifestement déraisonnable?

L'absence de preuve établissant l'existence d'un transfert ou d'une aliénation au sens de l'art. 89 de la Loi rend la décision de la Commission manifestement déraisonnable. La Commission ne pouvait en arriver à cette conclusion qu'en interprétant la Loi d'une façon injustifiée et non fondée sur les précédents.

Compte tenu des faits de l'espèce, où les deux sociétés étaient exploitées côte à côte, on aurait normalement dû demander une décision déclaratoire établissant l'existence d'un employeur unique. En l'absence d'une disposition relative à l'employeur unique dans *The Labour Relations Act*,

attempted to interpret the successorship provision as if it included such a provision. The Newfoundland Legislature has, for whatever reason, chosen not to enact such a provision (although clearly lobbied for). Achieving the opposite result by construing the Newfoundland successorship provisions as if they were common employer provisions is contrary to the weight of precedent and is patently unreasonable. Such a construction quite simply cannot be rationally supported by the relevant legislation.

Having concluded that there is no evidence of transfer or disposition sufficient to satisfy s. 89 of the Act and that the decision of the majority of the Board was by consequence patently unreasonable, I find it is unnecessary to consider the additional argument that no employees were affected by the alleged disposition.

Disposition

I conclude that the Newfoundland Court of Appeal correctly held that the decision of the majority of the Newfoundland Labour Relations Board was patently unreasonable. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs, DICKSON C.J. and WILSON, L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.

Solicitors for the respondents W.W. Lester (1978) Ltd. and Planet Development Corporation Ltd.: Heywood, Parsons, Mount Pearl, Newfoundland.

Solicitors for the respondent The Labour Relations Board for the Province of Newfoundland: Miller & Hearn, Labrador City, Newfoundland.

1977 de Terre-Neuve, il semble que la majorité des membres de la Commission ait tenté d'interpréter la disposition relative à l'obligation du successeur comme si elle comprenait une telle disposition. Le législateur de Terre-Neuve a, pour une raison quelconque, choisi de ne pas adopter une telle disposition (malgré les pressions clairement exercées en ce sens). L'obtention du résultat contraire en interprétant les dispositions relatives à l'obligation du successeur en vigueur à Terre-Neuve comme si elles étaient des dispositions relatives à l'employeur unique va à l'encontre de la jurisprudence et est manifestement déraisonnable. Une telle interprétation ne peut tout simplement pas s'appuyer rationnellement sur la législation pertinente.

Puisque j'ai conclu qu'il n'y avait aucune preuve suffisante de transfert ou d'aliénation pour satisfaire aux exigences de l'art. 89 de la Loi, et que la décision de la majorité de la Commission était par conséquent manifestement déraisonnable, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner l'argument supplémentaire selon lequel aucun employé n'a été touché par la prétendue aliénation.

Dispositif

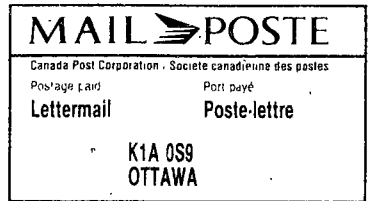
Je conclus que la Cour d'appel de Terre-Neuve était fondée à statuer que la décision de la majorité du Labour Relations Board de Terre-Neuve était manifestement déraisonnable. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge en chef DICKSON et les juges WILSON, L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: O'Dea, Strong, Earle, St. John's.

Procureurs des intimées W.W. Lester (1978) Ltd. et Planet Development Corporation Ltd.: Heywood, Parsons, Mount Pearl, Terre-Neuve.

Procureurs de l'intimée The Labour Relations Board de la province de Terre-Neuve: Miller & Hearn, Labrador City, Terre-Neuve.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Supply and Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à
Groupe Communication Canada — Édition
Approvisionnement et Services Canada,
Ottawa, Canada, K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 4, 1990 Vol. 3

4^e cahier, 1990 Vol. 3

Cited as [1990] 3 S.C.R. 695-977

Renvoi [1990] 3 R.C.S. 695-977

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Supreme Court of Canada are reminded that an Appellant's failure to prosecute an appeal within the times prescribed by section 71 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, and Rule 45 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, in civil appeals, and section 695(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46, in criminal appeals, may result in the appeal being dismissed. Counsel are advised that they should act expeditiously to avoid being in default of the foregoing provisions.

The Court has had occasion recently to dismiss appeals pursuant to these provisions.

Appellants who are in default of the above noted provisions are advised that, unless they obtain an order from a judge of this Court allowing them to proceed with the appeal before dismissal proceedings have been instituted against them, such an order will not be granted thereafter, except in special cases.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de noter que l'appel peut être rejeté si l'appelant ne le poursuit pas dans les délais prescrits par l'article 71 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, et l'article 45 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, en matière civile, et le paragraphe 695(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46, en matière criminelle. Les avocats sont priés d'agir promptement pour éviter l'application de ces dispositions.

La Cour a eu l'occasion récemment de rejeter des appels en application de ces dispositions.

Les appelants qui ne se conforment pas aux dispositions précitées sont priés de noter qu'ils doivent obtenir une ordonnance d'un juge de cette Cour les autorisant à poursuivre l'appel avant qu'une demande de rejet de l'appel ait été présentée; à défaut, pareille ordonnance ne sera accordée que dans des circonstances spéciales.

ANNE ROLAND

REGISTRAR

REGISTRAIRE

April 1991

Avril 1991

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Court are reminded of the provisions of the September 1989, Notice to the Profession, published in [1989] 2 S.C.R. lv, concerning the filing of books of authorities. In particular, counsel are asked to comply with the requirement that joint books of authorities be prepared.

The Registrar is authorized to refuse books of authorities that do not comply with this direction.

As well, counsel are reminded that, when referring to any decisions of this Court the citations from the Supreme Court Reports are to be used. In this regard, counsel are referred to the September 15, 1986, Note to the Profession, published in [1986] 1 S.C.R. li.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de prêter une attention particulière à l'avis du mois de septembre 1989, publié à [1989] 2 R.C.S. lv, concernant la production des dossiers de jurisprudence et de doctrine. En particulier, les avocats sont priés de produire un dossier conjoint de jurisprudence et de doctrine.

Le registraire peut refuser les dossiers de jurisprudence et de doctrine non conformes à l'avis.

De plus, les avocats sont priés de se conformer à l'avis du 15 septembre 1986, publié à [1986] 1 R.C.S. li, et d'utiliser le Recueil de la Cour suprême (R.C.S.) pour indiquer la référence des arrêts qu'ils citent.

ANNE ROLAND

REGISTRAR

REGISTRAIRE

April 1991

Avril 1991

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISELE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Révisèur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISELE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Canada (Human Rights Commission) v. Taylor 892

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate messages — Federal human rights legislation prohibiting telephonic messages likely to expose a person or a group to hatred or contempt — Whether federal legislation infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Federal human rights legislation prohibiting telephonic messages likely to expose a person or a group to hatred or contempt — Whether federal legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).

Administrative law — Natural justice — Apprehension of bias — Waiver — Human rights tribunal — Appointment procedure — Whether failure to raise bias at outset of proceedings amounting to waiver.

R. v. Andrews 870

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate propaganda — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) —

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor 892

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Loi fédérale sur les droits de la personne interdisant les messages téléphoniques susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris — La loi fédérale viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi fédérale sur les droits de la personne interdisant les messages téléphoniques susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris — La loi fédérale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).

Droit administratif — Justice naturelle — Crainte de partialité — Renonciation — Tribunal des droits de la personne — Procédure de constitution du Tribunal — L'omission de soulever la partialité au commencement de l'instance équivaut-elle à une renonciation?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

R. v. Fulop 695

Criminal law — Telecommunications — Decoders — Decoders intended to access telecommunication facility without payment of lawful charge — Possession of pay television decoders by television repair shop — Use of decoder known — Section extending to warehousepersons who know intended use of decoder — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 327(1).

R. v. Keegstra 697

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate propaganda — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — General approach to s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Andrews 870

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Renversement du fardeau de preuve — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(3)a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. c. Fulop 695

Droit criminel — Télécommunications — Décodeurs — Décodeurs destinés à avoir accès à des installations de télécommunication sans acquittement des droits exigibles — Possession de décodeurs de télévision payante par un atelier de réparation de téléviseurs — Usage connu d'un décodeur — Application de la disposition aux magasiniers au fait de l'usage projeté d'un décodeur — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 327(1).

R. c. Keegstra 697

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Renversement du fardeau de la preuve — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(3)a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Façon générale d'aborder l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.

Miklos Fulop *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FULOP

File No.: 21372.

1990: December 10.

Present: Lamer C.J. and Sopinka, Gonthier, McLachlin and Stevenson JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Telecommunications — Decoders — Decoders intended to access telecommunication facility without payment of lawful charge — Possession of pay television decoders by television repair shop — Use of decoder known — Section extending to warehousepersons who know intended use of decoder — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 327(1).

Statutes and Regulations Cited*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 327(1).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 46 C.C.C. (3d) 427, 32 O.A.C. 44, setting aside acquittals by Borins Dist. Ct. J. Appeal dismissed.

James A. Ironside, for the appellant.*David Finley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—Thank you Mr. Ironside. It will not be necessary to hear from you Mr. Finley. The Court is prepared to hand down judgment now. Our colleague, Justice Sopinka, will pronounce judgment for the Court.

SOPINKA J.—We are all in agreement with the unanimous reasons of the Court of Appeal with respect to their interpretation of s. 327(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (formerly s. 287.1(1)). In view of this interpretation, we also agree that the Court of Appeal was right to set aside the acquittals and substitute convictions on

Miklos Fulop *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*^a RÉPERTORIÉ: R. c. FULOP

N° du greffe: 21372.

1990: 10 décembre.

^b Présents: Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Gonthier, McLachlin et Stevenson.

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

^c *Droit criminel — Télécommunications — Décodeurs — Décodeurs destinés à avoir accès à des installations de télécommunication sans acquittement des droits exigibles — Possession de décodeurs de télévision payante par un atelier de réparation de téléviseurs — Usage connu d'un décodeur — Application de la disposition aux magasiniers au fait de l'usage projeté d'un décodeur — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 327(1).*

^e **Lois et règlements cités***Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 327(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 46 C.C.C. (3d) 427, 32 O.A.C. 44, qui a annulé les verdicts d'acquiescement prononcés par le juge Borins de la Cour de district. Pourvoi rejeté.

James A. Ironside, pour l'appelant.^g *David Finley*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

^h LE JUGE EN CHEF LAMER—Merci M^e Ironside. Il ne sera pas nécessaire de vous entendre, M^e Finley. La Cour est prête à rendre jugement. Notre collègue, le juge Sopinka, prononcera le jugement de la Cour.

ⁱ LE JUGE SOPINKA—Nous sommes tous d'accord avec les motifs unanimes de la Cour d'appel relativement à l'interprétation du par. 327(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (auparavant le par. 287.1(1)). Étant donné cette interprétation, nous sommes aussi d'accord pour dire que c'est à bon droit que la Cour d'appel a annulé les

the two counts charged. The appeal to this Court therefore fails and is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Shaw, McLellan & Ironside, Collingwood.

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

acquittements pour leur substituer des déclarations de culpabilité relativement aux deux chefs d'accusation. Il n'est donc pas fait droit au pourvoi interjeté devant cette Cour, qui est par conséquent
^a rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Shaw, McLellan & Ironside, Collingwood.
^b

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Keegstra *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Jewish Congress, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, Interamicus, the Women's Legal Education and Action Fund and the Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. KEEGSTRA

File No.: 21118.

1989: December 5, 6; 1990: December 13.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate propaganda — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

* Chief Justice at the time of hearing.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

James Keegstra *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, Interamicus, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

d RÉPERTORIÉ: R. c. KEEGSTRA

N° du greffe: 21118.

1989: 5, 6 décembre; 1990: 13 décembre.

e Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

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

f

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article h premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Prémption d'innocence — Renversement du fardeau de la preuve — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a) — L'article 319(3)a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

* Juge en chef à la date de l'audition.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — General approach to s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The accused, an Alberta high school teacher, was charged under s. 319(2) of the *Criminal Code* with wilfully promoting hatred against an identifiable group by communicating anti-semitic statements to his students. Prior to his trial, the accused applied to the Court of Queen's Bench for an order quashing the charge. The court dismissed the application on the ground that s. 319(2) of the *Code* did not violate freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The court, for want of proper notice to the Crown, did not entertain the accused's argument that s. 319(3)(a) of the *Code* violated the presumption of innocence protected by s. 11(d) of the *Charter*. Section 319(3)(a) affords a defence of "truth" to the wilful promotion of hatred but only where the accused proves the truth of the communicated statements on a balance of probabilities. The accused was thereafter tried and convicted. On appeal the accused's *Charter* arguments were accepted, the Court of Appeal holding that ss. 319(2) and 319(3)(a) infringed ss. 2(b) and 11(d) of the *Charter* respectively, and that the infringements were not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Held (La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Sections 319(2) and 319(3)(a) of the *Code* are constitutional.

(1) *Freedom of Expression*

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Communications which wilfully promote hatred against an identifiable group are protected by s. 2(b) of the *Charter*. When an activity conveys or attempts to convey a meaning, through a non-violent form of expression, it has expressive content and thus falls within the scope of the word "expression" as found in the guarantee. The type of meaning conveyed is irrelevant. Section 2(b) protects all content of expression. In enacting s. 319(2) of the *Code*, Parliament sought to prohibit communications which convey meaning. Section 319(2), therefore, represents an infringement of s. 2(b).

Communications which are intended to promote hatred against identifiable groups do not fall within the ambit of a possible s. 2(b) exception concerning expression manifested in a violent form. This exception refers only to expression communicated directly through physi-

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Façon générale d'aborder l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.

L'accusé, un professeur d'école secondaire en Alberta, a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel* d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant à ses élèves des déclarations antisémites. Avant son procès, l'accusé a demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre une ordonnance annulant l'accusation. La cour a rejeté cette demande au motif que le par. 319(2) du *Code* ne portait pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Comme le ministère public n'avait pas reçu l'avis voulu, la cour n'a pas examiné l'argument de l'accusé selon lequel l'al. 319(3)a) du *Code* viole la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*. L'alinéa 319(3)a) prévoit un moyen de défense fondé sur la «véracité» à l'accusation de fomentation volontaire de la haine, mais seulement si l'accusé prouve, selon la prépondérance des probabilités, la véracité des déclarations communiquées. L'accusé a par la suite subi son procès et a été reconnu coupable. En appel, les arguments de l'accusé fondés sur la *Charte* ont été retenus, la Cour d'appel statuant que le par. 319(2) et l'al. 319(3)a) violaient respectivement les al. 2b) et 11d) de la *Charte* et que ces violations ne pouvaient se justifier aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli. Le paragraphe 319(2) et l'al. 319(3)a) du *Code* sont constitutionnels.

(1) *La liberté d'expression*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les communications constituant une fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable sont protégées par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsqu'une activité transmet ou tente de transmettre une signification par une forme d'expression non violente, elle a un contenu expressif et relève en conséquence du champ du mot «expression» utilisé dans la garantie. Le type de signification transmise n'a aucune pertinence. L'alinéa 2b) protège tout contenu de l'expression. Le Parlement a tenté, par l'adoption du par. 319(2) du *Code*, d'interdire des communications qui transmettent une signification. Le paragraphe 319(2) représente donc une violation de l'al. 2b).

Les communications qui sont destinées à fomentier la haine contre des groupes identifiables ne relèvent pas de l'exception possible à l'al. 2b) que pourrait constituer l'expression se manifestant sous une forme violente. Cette exception ne s'applique qu'à l'expression manifes-

cal harm. Hate propaganda is not analogous to violence. It conveys a meaning that is repugnant, but the repugnance stems from the content of the message and not from its form. As for threats of violence, they are not excluded from the definition of expression envisioned by s. 2(b).

Sections 15 and 27 of the *Charter*, which deal with equality and multiculturalism, and the international agreements signed by Canada on the prohibition of racist statements, should not be used to interpret the scope of s. 2(b). It is inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context so requires. The large and liberal interpretation given to freedom of expression indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1 of the *Charter*. This section both guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by reference to principles fundamental in a free and democratic society.

Section 319(2) of the *Code* constitutes a reasonable limit upon freedom of expression. Parliament's objective of preventing the harm caused by hate propaganda is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda and, in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension and perhaps even violence in Canada, has decided to suppress the wilful promotion of hatred against identifiable groups. Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred. Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and Canada's commitment to the values of equality and multiculturalism in ss. 15 and 27 of the *Charter* strongly buttress the importance of this objective.

Section 319(2) of the *Code* is an acceptably proportional response to Parliament's valid objective. There is obviously a rational connection between the criminal prohibition of hate propaganda and the objective of protecting target group members and of fostering harmonious social relations in a community dedicated to equality and multiculturalism. Section 319(2) serves to illustrate to the public the severe reprobation with which society holds messages of hate directed towards racial and religious groups. It makes that kind of expression less attractive and hence decreases acceptance of its content. Section 319(2) is also a means by which the

tée directement par un préjudice corporel. La propagande haineuse n'est pas analogue à la violence. Elle transmet un message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Quant aux menaces de violence, elles ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2b).

Il n'y a pas lieu, pour déterminer la portée de l'al. 2b), d'avoir recours aux art. 15 et 27 de la *Charte*, qui concernent l'égalité et le multiculturalisme, ni aux conventions internationales signées par le Canada sur la prohibition de déclarations racistes. Il n'y a pas lieu non plus d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels aux fins de l'article premier de la *Charte*. Cet article garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la *Charte* en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique.

Le paragraphe 319(2) du *Code* constitue une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression. L'objectif visé par le législateur de prévenir le mal causé par la propagande haineuse est d'une importance suffisante pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la Constitution. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension—et peut-être même la violence—raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. L'objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine. Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'engagement envers l'égalité et le multiculturalisme manifesté par le Canada dans les art. 15 et 27 de la *Charte* étayent fortement l'importance de cet objectif.

Le paragraphe 319(2) du *Code* a un degré acceptable de proportionnalité avec l'objectif valable du Parlement. Il existe manifestement un lien rationnel entre l'interdiction pénale de la propagande haineuse et l'objectif de protéger les membres du groupe cible et de favoriser des relations sociales harmonieuses au sein d'une collectivité qui croit fermement à l'égalité et au multiculturalisme. Le paragraphe 319(2) sert à montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard de messages haineux visant des groupes raciaux et religieux. Il rend ce genre d'expression moins attrayant et diminue en conséquence l'acceptation de son contenu.

values beneficial to a free and democratic society in particular, the value of equality and the worth and dignity of each human person can be publicized.

Section 319(2) of the *Code* does not unduly impair freedom of expression. This section does not suffer from overbreadth or vagueness; rather, the terms of the offence indicate that s. 319(2) possesses definitional limits which act as safeguards to ensure that it will capture only expressive activity which is openly hostile to Parliament's objective, and will thus attack only the harm at which the prohibition is targeted. The word "wilfully" imports into the offence a stringent standard of *mens rea* which significantly restricts the reach of s. 319(2) by necessitating the proof of either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such a consequence. The word "hatred" further reduces the scope of the prohibition. This word, in the context of s. 319(2), must be construed as encompassing only the most severe and deeply felt form of opprobrium. Further, the exclusion of private communications from the scope of s. 319(2), the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences, which clarify the scope of s. 319(2), all support the view that the impugned section creates a narrowly confined offence. Section 319(2) is not an excessive impairment of freedom of expression merely because the defence of truth in s. 319(3)(a) does not cover negligent or innocent error as to the truthfulness of a statement. Whether or not a statement is susceptible to classification as true or false, such error should not excuse an accused who has wilfully used a statement in order to promote hatred against an identifiable group. Finally, while other non-criminal modes of combatting hate propaganda exist, it is eminently reasonable to utilize more than one type of legislative tool in working to prevent the spread of racist expression and its resultant harm. To send out a strong message of condemnation, both reinforcing the values underlying s. 319(2) and deterring the few individuals who would harm target group members and the larger community by communicating hate propaganda, will occasionally require use of the criminal law.

The effects of s. 319(2) are not of such a deleterious nature as to outweigh any advantage gleaned from the limitation of s. 2(b). The expressive activity at which s. 319(2) is aimed constitutes a special category, a category only tenuously connected with the values underlying

Le paragraphe 319(2) est en outre un moyen de faire connaître les valeurs bénéfiques à une société libre et démocratique, notamment l'égalité ainsi que la valeur et la dignité de chaque être humain.

^a Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression. Il ne pèche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Au contraire, les conditions de l'infraction indiquent que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui assure qu'il ne touchera que l'activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif du législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Le mot «volontairement» introduit dans l'infraction une norme stricte en matière de *mens rea* qui réduit sensiblement la portée du par. 319(2) en exigeant la preuve de l'intention de fomenter la haine ou de la conscience de la forte probabilité d'une telle conséquence. Le mot «haine» vient limiter davantage la portée de l'interdiction. Dans le contexte du par. 319(2), ce mot doit s'interpréter comme se limitant à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, le fait que le par. 319(2) exclut la conversation privée de son champ d'application, le fait qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et le fait que divers moyens de défense sont prévus au par. 319(3) et précisent ainsi la portée du par. 319(2), sont tous des facteurs qui étayent l'opinion que le paragraphe contesté crée une infraction aux limites étroites. Le fait que la défense de véracité prévue à l'al. 319(3)a) ne prévoit pas le cas de l'erreur négligente ou innocente quant à la vérité d'une déclaration ne signifie pas que le par. 319(2) constitue une atteinte excessive à la liberté d'expression. Qu'une déclaration puisse ou non être qualifiée de vraie ou de fausse, une telle erreur ne devrait pas excuser un accusé qui s'est volontairement servi d'une déclaration afin de fomenter la haine contre un groupe identifiable. Enfin, bien qu'il existe d'autres moyens, non pénéaux, de lutte contre la propagande haineuse, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. L'expression non équivoque de la réprobation, servant à la fois au renforcement des valeurs sous-jacentes au par. 319(2) et à la dissuasion de quelques individus qui feraient du tort aux membres d'un groupe cible et à l'ensemble de la collectivité par la communication de propagande haineuse, nécessitera parfois le recours au droit criminel.

Les effets du par. 319(2) ne sont pas à ce point préjudiciables qu'ils l'emportent sur tout avantage tiré de la restriction imposée à l'al. 2b). L'activité expressive que vise le par. 319(2) tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui

the guarantee of freedom of expression. Hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature.

Per La Forest, Sopinka McLachlin JJ. (dissenting): Section 319(2) of the *Code* infringes the guarantee of freedom of expression. Where, as in this case, an activity conveys or attempts to convey a meaning or message through a non-violent form of expression, this activity falls within the sphere of the conduct protected by s. 2(b). This section protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed, no matter how offensive it may be. The government's purpose in enacting s. 319(2) was to restrict freedom of expression by curtailing what people may say. Section 319(2), therefore, imposes a limit on s. 2(b).

The promotion of hatred in this case does not assume a form which falls outside the protected sphere of s. 2(b). The accused's communications were offensive and propagandistic, but they do not constitute threats in the usual sense of that word. The accused's statements did not urge violence against the Jewish people. They were not made with the intention and do not have the effect of compelling Jewish people or anyone else to do one thing or another. Nor do the accused's statements constitute violence. Violence, as discussed in *Dolphin Delivery* and *Irwin Toy*, connotes actual or threatened physical interference with the activities of others. Moreover, statements promoting hatred are not akin to threats or violence. There is nothing in the form of such statements which subverts democracy or our basic freedoms in the way in which violence or threats of violence may. Finally, to suggest that speech, like hate propaganda, which undermines the credibility of speakers belonging to particular groups does not fall within s. 2(b) of the *Charter*, is to remove from the protection of the *Charter* an enormous amount of speech which has long been accepted as important and valuable.

sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. La propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. En outre, la portée étroite du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents): Le paragraphe 319(2) du *Code* viole la garantie de la liberté d'expression. Lorsque, comme en l'espèce, une activité transmet ou tente de transmettre une signification ou un message par une forme d'expression non violente, cette activité relève de la sphère des conduites protégées par l'al. 2b). Celui-ci protège tout le contenu de l'expression, si offensant qu'il puisse être, sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre. Par l'adoption du par. 319(2), le gouvernement visait à limiter la liberté d'expression en imposant des restrictions à ce qu'on peut dire. Le paragraphe 319(2) impose donc une restriction à l'al. 2b).

En l'espèce, la fomentation de la haine ne revêt pas une forme qui est exclue de la sphère de protection de l'al. 2b). Les communications de l'accusé sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme. Elles n'incitent pas à la violence contre les juifs. Elles n'ont pas été avancées avec l'intention, et elles n'ont pas pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Les déclarations de l'accusé ne constituent pas non plus de la violence. La violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy* connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui. De plus, les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à des menaces ni à la violence. Rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Finalement, prétendre que l'al. 2b) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui, comme la propagande haineuse, mine le crédit de personnes qui s'expriment et appartiennent à des groupes déterminés, revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps.

Sections 15 and 27 of the *Charter* and the international covenants signed by Canada on the prohibition of racism do not reduce the scope of expression protected by s. 2(b) so as to exclude the accused's statements. First, to do so would be to exclude statements from the protection of s. 2(b) on the basis of their content, an approach which this Court has rejected. Second, given that the protection under s. 2(b) is aimed at protecting individuals from having their expression infringed by the government, it would be a misapplication of *Charter* values to thereby limit the scope of that individual guarantee with an argument based on s. 15, which is also aimed at circumscribing the power of the state. Third, it would be extremely difficult to balance in the abstract conflicting values such as equality and multiculturalism against freedom of expression. Assuming such balancing were to be done, it would be more appropriately made under s. 1 of the *Charter* than under s. 2(b). Fourth, Canada's international obligations, and the accords negotiated between international governments, may well be helpful in placing *Charter* interpretation in a larger context but these obligations are not determinative or limitative of the scope of the *Charter* guarantees. The provisions of the *Charter*, though drawing on a political and social philosophy shared with other democratic societies, are uniquely Canadian. As a result, considerations may point, as they do in this case, to a conclusion regarding a rights violation which is not necessarily in accord with those international covenants. Unlike the international covenants, which exclude hate propaganda from the guarantee of speech, the *Charter* posits a broad and unlimited right of expression under s. 2(b), a right which can only be cut back under s. 1.

Section 2(b) does not protect only justified or meritorious expression. Historical legal limitations on expression which conflict with the larger Canadian conception of free speech must be rejected. While in this case it may be easy to achieve near-unanimous consensus that the statements contribute nothing positive to our society, experience shows that in other cases it may be difficult to draw the line between speech which has value to democracy or social issues and speech which does not. Attempts to confine the guarantee of free expression only to content which is judged to possess redeeming value or to accord with the accepted values strike at the very essence of the value of the freedom, reducing the realm of protected discussion to that which is comfortable and compatible with current conceptions. If the guarantee of free expression is to be meaningful, it

Ni les art. 15 et 27 de la *Charte* ni les conventions internationales signées par le Canada qui interdisent le racisme ne réduisent le champ de l'expression protégée par l'al. 2b) de manière à en exclure les déclarations de l'accusé. Premièrement, cela reviendrait à refuser la protection de l'al. 2b) à certaines déclarations à cause de leur contenu, idée que la Cour a rejetée. Deuxièmement, vu que la garantie de l'al. 2b) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État. Troisièmement, il serait extrêmement difficile d'apprécier dans l'abstrait l'importance relative de valeurs opposées telles que l'égalité et le multiculturalisme d'une part et la liberté d'expression d'autre part. À supposer que cette évaluation se fasse, il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier de la *Charte* qu'en vertu de l'al. 2b). Quatrièmement, les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'interprétation de la *Charte*, mais ces obligations ne permettent pas de définir ni de limiter la portée des garanties énoncées dans la *Charte*. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, diverses considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation des droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales. À la différence des conventions internationales qui excluent la propagande haineuse de la garantie de la liberté d'expression, la *Charte* prévoit à l'al. 2b) un droit large et illimité à l'expression, qui ne peut être réduit qu'en vertu de l'article premier.

L'alinéa 2b) ne protège pas seulement l'expression justifiée ou méritoire. On ne peut admettre que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entrent en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole. Bien qu'il puisse être facile en l'espèce d'arriver au consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société, l'expérience montre que dans d'autres cas il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas. Les tentatives de limiter la garantie de liberté d'expression au contenu considéré avoir une valeur positive ou conforme avec les valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de cette liberté en réduisant le champ de protection des débats à

must protect expression which challenges even the very basic conceptions about our society. A true commitment to freedom of expression demands nothing less.

Section 319(2) of the *Code* does not constitute a reasonable limit upon freedom of expression. While the legislative objectives of preventing the promotion of hatred, of avoiding racial violence and of promoting equality and multiculturalism are of sufficient importance to warrant overriding the guarantee of freedom of expression, s. 319(2) fails to meet the proportionality test.

Section 319(2) does, to some degree, further Parliament's objective. However, the rational connection between s. 319(2) and its goals is tenuous as there is not a strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression. Section 319(2) may in fact detract from the objectives it is designed to promote by deterring legitimate expression. Law-abiding citizens, who do not wish to run afoul of the law, could decide not to take the chance in a doubtful case. Creativity and the beneficial exchange of ideas could be adversely affected. At the same time, it is unclear that s. 319(2) provides an effective way of curbing hate-mongers. Not only does the criminal process attract extensive media coverage and confer on the accused publicity for his dubious causes, it may even bring him sympathy.

Section 319(2) of the *Code* does not interfere as little as possible with freedom of expression. Section 319(2) is drafted too broadly, catching more expressive conduct than can be justified by the objectives of promoting social harmony and individual dignity. The term "hatred" in s. 319(2) is capable of denoting a wide range of diverse emotions and is highly subjective, making it difficult to ensure that only cases meriting prosecution are pursued and that only those whose conduct is calculated to dissolve the social bonds of society are convicted. Despite the requirement of "wilful promotion", people who make statements primarily for non-nefarious reasons may also be convicted under s. 319(2). A belief that what one says about a group is true and important to political and social debate is quite compatible with, and indeed may inspire, an intention to promote active dislike of that group. Such a belief is equally compatible with foreseeing that promotion of such dislike may stem from one's statements. The absence of any requirement that actual harm or incitement to hatred be shown further broadens the scope of

ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions les plus fondamentales de notre société. Un engagement réel envers la liberté d'expression n'exige pas moins.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne constitue pas une restriction raisonnable à la liberté d'expression. Bien que les objectifs législatifs de prévenir la fomentation de la haine, d'éviter la violence raciale et de favoriser l'égalité et le multiculturalisme revêtent une importance suffisante pour justifier la violation de la garantie de la liberté d'expression, le par. 319(2) ne satisfait pas au critère de proportionnalité.

Le paragraphe 319(2) permet dans une certaine mesure d'atteindre l'objectif visé par le législateur. Le lien rationnel entre le par. 319(2) et ses objets est cependant ténu, car il n'existe pas de lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination. Il se peut en fait que le par. 319(2) aille à l'encontre des objectifs visés en décourageant l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction pourrait en effet décider de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriraient peut-être. En même temps, il n'est pas certain que le par. 319(2) représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. Non seulement le processus criminel suscite un vif intérêt chez les médias et fournit à l'accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie.

Le paragraphe 319(2) du *Code* ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Le paragraphe 319(2) est rédigé en termes trop larges de sorte qu'il englobe plus de conduite expressive que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. Le mot «haine» au par. 319(2) peut dénoter une vaste gamme d'émotions diverses et il est hautement subjectif, ce qui rend difficile d'assurer que seuls seront poursuivis les cas où les poursuites sont justifiées et que seules seront reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux. Malgré l'exigence d'une fomentation «volontaire» de la haine, des personnes qui font des déclarations pour des motifs qui ne sont pas répréhensibles risquent aussi d'être déclarées coupables en vertu du par. 319(2). La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est aussi compatible avec la prévision

s. 319(2), and it is unclear, in practice, if the s. 319(3) defences, including the defence of truth, significantly narrow the ambit of s. 319(2). Moreover, not only is the category of speech caught by s. 319(2) defined broadly, the application of the definition of offending speech i.e., the circumstances in which the offending statements are prohibited is virtually unlimited. Only private conversations are exempt from state scrutiny. Given the vagueness of the prohibition of expression in s. 319(2), there is again a danger that the legislation may have a chilling effect on legitimate activities important to our society by subjecting innocent persons to constraints born out of a fear of the criminal process. Finally, the process by which the prohibition is effected—the criminal law—is the severest our society can impose and is arguably unnecessary given the availability of alternate and more appropriate and effective remedies.

Any questionable benefit conferred by s. 319(2) of the *Code* is outweighed by the significant infringement on the guarantee of freedom of expression. Section 319(2) does not merely regulate the form or tone of expression, it strikes directly at its content. It is capable of catching not only statements like those at issue in this case, but works of art and the intemperate statement made in the heat of social controversy. While few may actually be prosecuted to conviction under s. 319(2) and imprisoned, many fall within the shadow of its broad prohibition. Section 319(2) touches on the vital values upon which s. 2(b) of the *Charter* rests: the value of fostering a vibrant and creative society through the marketplace of ideas; the value of the vigorous and open debate essential to democratic government and preservation of our rights and freedoms; and the value of a society which fosters the self-actualization and freedom of its members. An infringement of this seriousness can only be justified by a countervailing state interest of the most compelling nature. However, the claims of gains to be achieved at the cost of the infringement of free speech represented by s. 319(2) are tenuous. Indeed, it is difficult to see how s. 319(2) fosters the goals of social harmony and individual dignity.

que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) et il n'est pas certain, dans la pratique, que les moyens de défense prévus au par. 319(3), y compris celui de véracité, limitent sensiblement la portée du par. 319(2). De plus, non seulement la définition de la catégorie d'expression visée par le par. 319(2) est large, mais l'application de la définition de l'expression illicite—c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites—est presque illimitée. Seules les conversations privées sont à l'abri de l'examen de l'État. À cause de l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), il existe un danger que cette disposition ait un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Enfin, le processus par lequel l'interdiction est portée—le droit criminel—est le plus sévère dans notre société et on peut se demander si cette criminalisation est nécessaire puisqu'il existe d'autres recours qui conviennent mieux et sont plus efficaces.

Tout avantage hypothétique découlant des dispositions du par. 319(2) du *Code* cède le pas à l'atteinte grave portée à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression. Le paragraphe 319(2) ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression, il vise directement son contenu. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des œuvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même s'il y a peu de poursuites en vertu du par. 319(2) qui aillent jusqu'à des déclarations de culpabilité ou à l'emprisonnement, nombreuses sont les déclarations auxquelles s'applique sa large interdiction. Le paragraphe 319(2) met en cause des valeurs vitales sur lesquelles l'al. 2b) de la *Charte* se fonde, la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées, la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés et la valeur d'une société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contrepoids. Cependant, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à promouvoir les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

(2) *Presumption of Innocence*

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: Section 319(3)(a) of the *Code*, which provides that no person shall be convicted of wilfully promoting hatred "if he establishes that the statements communicated were true", infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter*. The real concern under s. 11(d) is not whether the accused must disprove an element of the offence or prove a defence. What is decisive is the final effect of the impugned provision on the verdict. If, as in this case, an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the impugned provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Section 319(3)(a) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. Parliament's objective in employing a reverse onus is pressing and substantial. The objective behind s. 319(3)(a) is closely connected with the purpose of s. 319(2). Harm is created whenever statements are made with the intention of promoting hatred, whether or not they contain an element of truth. If the defence of truth is too easily used, Parliament's objective under s. 319(2) will suffer unduly. It is therefore in the furtherance of that same objective that truthfulness must be proved by the accused on a balance of probabilities.

Section 319(3)(a) meets the proportionality test. First, the section has a rational connection to the purpose of preventing the harm caused by hate propaganda. The reverse onus in the truth defence operates so as to make it more difficult to avoid conviction where the wilful promotion of hatred has been proven beyond a reasonable doubt. Second, the section also represents a minimal impairment of the presumption of innocence. By requiring the accused to prove that his statements are true on a balance of probabilities, Parliament made a concession to the importance of truth in freedom of expression values without excessively compromising the effectiveness of s. 319(2). Any less onerous burden would severely skew the equilibrium. Third, the importance of preventing the harm caused by hate propaganda is not outweighed by Parliament's infringement of s. 11(d). The reverse onus found in the truth defence represents the only way in which the defence can be offered while still enabling Parliament to prohibit hate propaganda effectively through criminal legislation; to

(2) *La présomption d'innocence*

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'alinéa 319(3)a du *Code*, qui dispose que nul ne peut être déclaré coupable de fomentation volontaire de la haine s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies», viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*. La préoccupation véritable aux fins de l'al. 11d) n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément de l'infraction ou établir un moyen de défense. Ce qui est décisif c'est l'effet final de la disposition contestée sur le verdict. Si, comme en l'espèce, une disposition contestée oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

L'alinéa 319(3)a du *Code* constitue une restriction raisonnable de la présomption d'innocence. L'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve est urgent et réel. L'objectif de l'al. 319(3)a est étroitement lié à l'objet du par. 319(2). Un préjudice est causé chaque fois que des déclarations sont faites avec l'intention de fomenter la haine, qu'elles renferment ou non une part de vérité. S'il est trop facile de se prévaloir du moyen de défense de véracité, cela compromettra indûment la réalisation de l'objectif que vise le législateur au par. 319(2). C'est donc dans le but d'atteindre ce même objectif que la véracité doit être prouvée par l'accusé selon la prépondérance des probabilités.

L'alinéa 319(3)a satisfait au critère de proportionnalité. Premièrement, cet alinéa a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par la propagande haineuse. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, cet alinéa porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence. En obligeant l'accusé à prouver l'exactitude de ses déclarations selon la prépondérance des probabilités, le Parlement a fait une concession dictée par l'importance que revêt la vérité parmi les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, et ce, sans nuire indûment à l'efficacité du par. 319(2). Un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Troisièmement, l'importance de la prévention du préjudice causé par la propagande haineuse l'emporte sur la violation de l'al. 11d) par le législateur fédéral. Le renversement du fardeau de la preuve que

require that the state prove beyond a reasonable doubt the falsity of a statement would excuse much of the harmful expressive activity caught by s. 319(2) despite minimal proof as to its worth.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): Section 319(3)(a) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*. Under s. 319(2), where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused wilfully promoted hatred against an identifiable group, the accused will escape liability if, under s. 319(3)(a), he “establishes that the statements communicated were true”. By placing the burden of establishing the truth of the statements on the accused, Parliament has contravened the basic principle that the accused need not prove a defence. When an accused is required to prove some fact on a balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Section 319(3)(a) of the *Code* does not constitute a reasonable limit upon the right to be presumed innocent. The section lacks the required degree of proportionality. It is difficult to discern a rational connection between the aims of s. 319(3)(a) and its requirement that the accused prove the truth of his statements. Further, s. 319(3)(a) does not impair s. 11(d) as little as possible. Because of its superior resources, the state is in a better position than the accused to determine whether or not a statement is true or false. If such a determination is impossible, it should not be ruled out that the statements could be more valuable than harmful. These considerations suggest that s. 319(3)(a)'s infringement of the presumption of innocence is neither minimal nor, given the importance of the infringement in the context of prosecutions under s. 319(2), sufficient to outweigh the dubious benefit of such a provision. Parliament intended the truth to be a defence and falsehood to be an important element of the offence created by s. 319(2). That fact, coupled with the centrality of the presumption of innocence in our criminal law, indicates that only a countervailing state interest of the most compelling kind could justify the infringement. It is difficult to see, however, what benefits s. 319(2) in fact produces in terms of stemming hate propaganda and promoting social harmony and individual dignity.

comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement la propagande haineuse par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en présence d'une preuve minime de sa valeur.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): L'alinéa 319(3)a) du *Code* porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte*. Aux termes du par. 319(2), lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré, en vertu de l'al. 319(3)a) s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies». En imposant à l'accusé le fardeau d'établir la véracité des déclarations, le Parlement manque au principe fondamental selon lequel l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

L'alinéa 319(3)a) du *Code* ne constitue pas une limite raisonnable au droit d'être présumé innocent. La disposition n'a pas le degré exigé de proportionnalité. Il est difficile de voir un lien rationnel entre les objectifs de l'al. 319(3)a) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de sa déclaration. De plus, l'al. 319(3)a) ne porte pas le moins possible atteinte à l'al. 11d). Parce qu'il dispose de plus grands moyens, l'État est mieux placé que l'accusé pour déterminer si une déclaration est vraie ou fausse. Si, par contre, il est impossible de le déterminer, alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles. Ces considérations indiquent que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)a) n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte des poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition. Le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2). Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit, permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Cependant, on conçoit mal quels avantages le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle.

Per La Forest J. (dissenting): It is unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; **referred to:** *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91;

Le juge La Forest (dissident): Il est inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent prévu à l'al. 11d) de la *Charte*.

Jurisprudence

a

Citée par le juge en chef Dickson

b

Arrêts appliqués: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; **arrêts mentionnés:** *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); Comm. Eur. D. H., Requêtes n^{os} 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n^o 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n^o 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971); *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (1968); *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (1973); *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (1989); *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982); *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986); *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252;

Eur. Comm. H. R., Application No. 9235/81, *X. v. Federal Republic of Germany*, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194; Eur. Comm. H. R., Application No. 13214/87, *Lowes v. United Kingdom*, December 9, 1988, unreported; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, aff'd [1990] 3 S.C.R. 870; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

By McLachlin J. (dissenting)

Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983); *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; Eur. Court H. R., *Handyside* case, judgment of 7 December 1976, Series A No. 24; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313;

Felderer v. Sweden (1986), 8 E.H.R.R. 91; Comm. Eur. D. H., Requête n° 9235/81, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; Comm. Eur. D. H., Requête n° 13214/87, *Lowes c. Royaume-Uni*, 9 décembre 1988, inédit; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, conf. [1990] 3 R.C.S. 870; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

^a

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

^b

Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919); *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919); *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951); *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978); *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (1985); *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972); *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988); *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983); *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971); Comm. Eur. D. H., Requêtes n°s 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Hunter c.*

Hunter v. Southam Inc., [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, aff'd [1990] 3 S.C.R. 870; *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604; *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [reprinted R.S.C., 1985, App. III], preamble, s. 1(d).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 8, 11(d), 15, 16 to 23, 25, 27, 28, 29.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 [now R.S.C., 1985, c. H-6], s. 13.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2, 59, 181, 183, 298, 300, 318, 319 [previously R.S.C. 1970, c. C-34, s. 281.2 (en. 1st Supp., c. 11, s. 1)].
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, s. 114, Schedule VII, Code 9956(b).
Defamation Act, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19(1).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 (1950), Art. 10.
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28, Arts. 4, 5.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Arts. 19, 20.
Libel Act, R.S.M. 1913, c. 113, s. 13A [ad. 1934, c. 23, s. 1].
Penal Code (India), ss. 153-A, 153-B.
Penal Code (Netherlands), ss. 137c, 137d, 137e.
Penal Code (Sweden), c. 16, s. 8.
Public Order Act 1986 (U.K.), 1986, c. 64, ss. 17 to 23.
Race Relations Act 1971 (N.Z.), No. 150, s. 25.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, c. 51, s. 1.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, s. 14.

Authors Cited

Aleinikoff, T. Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing" (1987), 96 *Yale L.J.* 943.

Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, conf. [1990] 3 R.C.S. 870; *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604; *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 8, 11d), 15, 16 à 23, 25, 27, 28, 29.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2, 59, 181, 183, 298, 300, 318, 319 [antérieurement S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 281.2 (ad. 1^{er} supp., ch. 11, art. 1)].
Code pénal (Inde), art. 153-A, 153-B.
Code pénal (Pays-Bas), art. 137c, 137d, 137e.
Code pénal (Suède), ch. 16, art. 8.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 (1950), art. 10.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 n° 28, art. 4, 5.
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [reproduite L.R.C. (1985), app. III], préambule, art. 1d).
Libel Act, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A [aj. 1934, ch. 23, art. 1].
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33 [maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6], art. 13.
Loi sur la diffamation, L.R.M. 1987, ch. D20, art. 19(1).
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 19, 20.
Public Order Act 1986 (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23.
Race Relations Act 1971 (N.-Z.), n° 150, art. 25.
Racial Discrimination Act, 1944, S.O. 1944, ch. 51, art. 1.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, ch. S-24.1, art. 14.
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, annexe VII, Code 9956b).

Doctrine citée

Aleinikoff, T. Alexander. «Constitutional Law in the Age of Balancing» (1987), 96 *Yale L.J.* 943.

- Beckton, Clare. "Freedom of Expression". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 195.
- Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. New York: Oxford University Press, 1969.
- Bessner, Ronda. "The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code" (1988), 17 *Man. L.J.* 183.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.
- Borovoy, A. Alan. "Freedom of Expression: Some Recurring Impediments". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125.
- Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
- Bottos, Dino. "Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461.
- Braun, Stefan. "Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*" (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.
- Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now!* Ottawa: Supply and Services, 1984.
- Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. *Hate Propaganda*. Ottawa: The Commission, 1986.
- Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canadian Bar Association. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.
- Canadian Human Rights Commission. *Annual Report 1989*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
- Cotler, Irwin. "Hate Literature". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 117.
- Delgado, Richard. "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133.
- "*Doe v. University of Michigan*: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397.
- Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. "Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.
- Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Association du Barreau canadien. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984.
- Beckton, Clare. «Liberté d'expression». Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 223.
- Berlin, Isaiah. *Éloge de la liberté*. Traduit de l'anglais par Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. Paris: Calmann-Lévy, 1988.
- Bessner, Ronda. «The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code» (1988), 17 *Man. L.J.* 183.
- Bollinger, Lee C. *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America*. New York: Oxford University Press, 1986.
- Borovoy, A. Alan. «Freedom of Expression: Some Recurring Impediments». In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125.
- Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
- Bottos, Dino. «Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461.
- Braun, Stefan. «Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.
- Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne. *L'égalité ça presse!* Ottawa: Approvisionnement et Services, 1984.
- Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.
- Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. *La propagande haineuse*. Ottawa: La Commission, 1986.
- Commission canadienne des droits de la personne. *Rapport annuel 1989*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990.
- Cotler, Irwin. «Hate Literature». In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell*. Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 117.
- Delgado, Richard. «Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling» (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133.
- "*Doe v. University of Michigan*: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397.
- Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498.

- Fish, Arthur. "Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences" (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111.
- Greenawalt, Kent. "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Horowitz, Irving Louis. "First Amendment Blues: On Downs, Nazis in Skokie", [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535.
- Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328.
- James McCormick Mitchell Lecture. "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation" (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337.
- Kafka, Franz. *The Trial*. Translated by Willa and Edwin Muir. Middlesex, England: Penguin Books Ltd., 1976.
- Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Lerner, Natan. *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Rockville, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.
- MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713.
- Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27". In Gerald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 739.
- Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.
- Meiklejohn, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper, 1948.
- Milton, John. *Areopagitica*. London, 1644.
- Mozley & Whiteley's Law Dictionary*, 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, "threat".
- Neier, Aryeh. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: Dutton, 1979.
- Rauf, N. Naeem. "Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews" (1988), 65 C.R. (3d) 356.
- Regel, Alan R. "Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech" (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303.
- Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.
- Schauer, Frederick. "The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562.
- Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.
- Fish, Arthur. «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111.
- ^a Greenawalt, Kent. «Insults and Epithets: Are They Protected Speech?» (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287.
- Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.
- Horowitz, Irving Louis. «First Amendment Blues: On Downs, Nazis in Skokie», [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535.
- Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. «Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory» (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328.
- ^c James McCormick Mitchell Lecture. «Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation» (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337.
- Kafka, Franz. *Le Procès*. Traduit par Alexandre Vialatte. Paris: Gallimard, 1964.
- ^d Lasson, Kenneth. «Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment» (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11.
- Lerner, Natan. *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination*. Rockville, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.
- ^e MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.
- Magnet, Joseph Eliot. «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27». Dans Gerald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, 2^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 817.
- Matsuda, Mari J. «Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story» (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320.
- ^g McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.
- Meiklejohn, Alexander. *Free Speech and its Relation to Self-Government*. New York: Harper, 1948.
- Milton, John. *Areopagitica*. London, 1644.
- ^h *Mozley & Whiteley's Law Dictionary*, 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, «threat».
- Nations Unies. *Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Par le rapporteur spécial José D. Inglés. A/CONF. 119/10, 18 mai 1983.
- ⁱ Neier, Aryeh. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: Dutton, 1979.
- Rauf, N. Naeem. «Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews» (1988), 65 C.R. (3d) 356.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "hatred", "violence".

Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.

Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other — 'Lies'" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.

United Nations. *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. By Special Rapporteur José D. Inglés. A/CONF. 119/10, May 18, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of wilfully promoting hatred contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Bruce R. Fraser, Q.C., for the appellant.

Douglas H. Christie, for the respondent.

D. Martin Low, Q.C., Stephen B. Sharzer and Irit Weiser, for the intervener the Attorney General of Canada.

Gregory J. Fitch, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and Marise Visocchi, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Aaron Berg and Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John I. Laskin, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Mark J. Sandler, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, Q.C., Irwin Cotler and Ann Crawford, for the intervener Interamicus.

Regel, Alan R. «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech» (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Schauer, Frederick. «The Aim and the Target in Free Speech Methodology» (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «hatred», «violence».

Sieghart, Paul. *The International Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press, 1983.

Stein, Eric. «History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other — 'Lies'» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1, 87 A.R. 177, 43 C.C.C. (3d) 150, 65 C.R. (3d) 289, 39 C.R.R. 5, [1988] 5 W.W.R. 211, qui a accueilli l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation d'avoir volontairement fomenté la haine en contravention du par. 319(2) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Bruce R. Fraser, c.r., pour l'appelante.

Douglas H. Christie, pour l'intimé.

D. Martin Low, c.r., Stephen B. Sharzer et Irit Weiser, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Gregory J. Fitch, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et Marise Visocchi, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Aaron Berg et Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John I. Laskin, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Mark J. Sandler, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, c.r., Irwin Cotler et Ann Crawford, pour l'intervenant Interamicus.

Kathleen Mahoney and Linda A. Taylor, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund.

Marc Rosenberg, for the interveners the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—This appeal was heard in conjunction with the appeals in *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870, and *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. Along with *Andrews* it raises a delicate and highly controversial issue as to the constitutional validity of s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a legislative provision which prohibits the wilful promotion of hatred, other than in private conversation, towards any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin. In particular, the Court must decide whether this section infringes the guarantee of freedom of expression found in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in a manner that cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. A secondary issue arises as to whether the presumption of innocence protected in the *Charter's* s. 11(d) is unjustifiably breached by reason of s. 319(3)(a) of the *Code*, which affords a defence of "truth" to the wilful promotion of hatred, but only where the accused proves the truth of the communicated statements on the balance of probabilities.

I. Facts

Mr. James Keegstra was a high school teacher in Eckville, Alberta from the early 1970s until his dismissal in 1982. In 1984 Mr. Keegstra was charged under s. 319(2) (then s. 281.2(2)) of the *Criminal Code* with unlawfully promoting hatred against an identifiable group by communicating anti-semitic statements to his students. He was convicted by a jury in a trial before McKenzie J. of the Alberta Court of Queen's Bench.

Kathleen Mahoney et Linda A. Taylor, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Marc Rosenberg, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—Le présent pourvoi a été entendu en même temps que les pourvois *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. Comme l'affaire *Andrews*, il soulève la question délicate et très controversée de la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, disposition qui interdit la fomentation volontaire de la haine, autrement que dans des conversations privées, contre toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. En particulier, la Cour est appelée à décider si ce paragraphe porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, d'une manière qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Se pose à titre subsidiaire la question de savoir si la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte* est violée de façon injustifiable par l'al. 319(3)a) du *Code* qui permet d'invoquer la «vérité» du propos en défense à une accusation de fomentation volontaire de la haine, mais seulement si l'accusé prouve, selon la prépondérance des probabilités, la véracité des déclarations communiquées.

^h I. Les faits

Monsieur James Keegstra enseignait au niveau secondaire à Eckville (Alberta) du début des années 70 jusqu'à son renvoi en 1982. En 1984, M. Keegstra a été accusé en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) du *Code criminel* d'avoir illégalement fomenté la haine contre un groupe identifiable en faisant à ses élèves des déclarations antisémites. Il a été déclaré coupable par un jury à l'issue d'un procès tenu devant le juge McKenzie de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta.

Mr. Keegstra's teachings attributed various evil qualities to Jews. He thus described Jews to his pupils as "treacherous", "subversive", "sadistic", "money-loving", "power hungry" and "child killers". He taught his classes that Jewish people seek to destroy Christianity and are responsible for depressions, anarchy, chaos, wars and revolution. According to Mr. Keegstra, Jews "created the Holocaust to gain sympathy" and, in contrast to the open and honest Christians, were said to be deceptive, secretive and inherently evil. Mr. Keegstra expected his students to reproduce his teachings in class and on exams. If they failed to do so, their marks suffered.

Prior to his trial, Mr. Keegstra applied to the Court of Queen's Bench in Alberta for an order quashing the charge on a number of grounds, the primary one being that s. 319(2) of the *Criminal Code* unjustifiably infringed his freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Among the other grounds of appeal was the allegation that the defence of truth found in s. 319(3)(a) of the *Code* violates the *Charter's* presumption of innocence. The application was dismissed by Quigley J., and Mr. Keegstra was thereafter tried and convicted. He then appealed his conviction to the Alberta Court of Appeal, raising the same *Charter* issues. The Court of Appeal unanimously accepted his argument, and it is from this judgment that the Crown appeals.

The Attorneys General of Canada, Quebec, Ontario, Manitoba and New Brunswick, the Canadian Jewish Congress, Interamicus, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, and the Women's Legal Education and Action Fund (L.E.A.F.) have intervened in this appeal in support of the Crown. The Canadian Civil Liberties Association has intervened in support of striking down the impugned legislation.

Dans ses enseignements, M. Keegstra prêtait aux juifs diverses tares. Ainsi, il les décrivait à ses élèves comme « perfides », « subversifs », « sadiques », « cupides », « avides de pouvoir » et « infanticides ». Il enseignait à ses classes que les juifs cherchaient à détruire la chrétienté et qu'ils étaient responsables des crises économiques, de l'anarchie, du chaos, des guerres et des révolutions. D'après M. Keegstra, les juifs [TRADUCTION] « avaient inventé l'Holocauste pour s'attirer de la sympathie » et, contrairement aux chrétiens francs et honnêtes, les juifs sont sournois, dissimulateurs et foncièrement mauvais. Monsieur Keegstra s'attendait à ce que ses élèves reproduisent ses enseignements en classe et aux examens. S'ils ne le faisaient pas, leurs notes en souffraient.

Avant son procès, M. Keegstra a demandé à la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta de rendre une ordonnance annulant l'accusation pour plusieurs motifs, dont le principal était que le par. 319(2) du *Code criminel* portait atteinte d'une manière injustifiable à sa liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Parmi d'autres moyens d'appel, il soutenait que la défense de véracité à l'al. 319(3)a) du *Code* viole la présomption d'innocence prévue dans la *Charte*. Cette demande ayant été rejetée par le juge Quigley, M. Keegstra a été jugé et déclaré coupable. Il s'est alors pourvu en appel de sa déclaration de culpabilité en Cour d'appel de l'Alberta, soulevant les mêmes moyens fondés sur la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli à l'unanimité son argument et c'est contre cet arrêt que le ministère public se pourvoit.

h

Les procureurs généraux du Canada, du Québec, de l'Ontario, du Manitoba et du Nouveau-Brunswick, le Congrès juif canadien, Interamicus, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes (FAEJ) sont intervenus dans ce pourvoi au soutien du ministère public. L'Association canadienne des libertés civiles est intervenue en faveur de l'invalidation de la disposition législative attaquée.

II. Issues

The following constitutional questions were stated on August 1, 1989:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

III. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

The relevant legislative and *Charter* provisions are set out below:

Criminal Code

319. ...

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

II. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 1^{er} août 1989:

- a 1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- b 2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- d 3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- e 4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
- g

III. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

h Les dispositions des textes législatifs et de la *Charte* qui nous intéressent sont les suivantes:

Code criminel

319. ...

i (2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

- j a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;
- b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section,

“communicating” includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

“identifiable group” has the same meaning as in section 318;

“public place” includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

“statements” includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

318. . . .

(4) In this section, “identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

Canadian Bill of Rights, R.S.C., 1985, App. III

The Parliament of Canada, affirming that the Canadian Nation is founded upon principles that acknowledge the supremacy of God, the dignity and worth of the human person and the position of the family in a society of free men and free institutions;

Affirming also that men and institutions remain free only when freedom is founded upon respect for moral and spiritual values and the rule of law;

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«communiquer» S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore.

«déclarations» S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles.

«endroit public» Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.

«groupe identifiable» A le sens que lui donne l'article 318.

318. . . .

(4) Au présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. (1985), app. III.

Le Parlement du Canada proclame que la nation canadienne repose sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu, la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi que le rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres;

Il proclame en outre que les hommes et les institutions ne demeurent libres que dans la mesure où la liberté s'inspire du respect des valeurs morales et spirituelles et du règne du droit;

And being desirous of enshrining these principles and the human rights and fundamental freedoms derived from them, in a Bill of Rights which shall reflect the respect of Parliament for its constitutional authority and which shall ensure the protection of these rights and freedoms in Canada:

Therefore Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada, enacts as follows:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

(d) freedom of speech;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

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

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national and ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Et afin d'expliciter ces principes ainsi que les droits de l'homme et les libertés fondamentales qui en découlent, dans une Déclaration de droits qui respecte la compétence législative du Parlement du Canada et qui assure à sa population la protection de ces droits et de ces libertés,

En conséquence, Sa Majesté, sur l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des communes du Canada, décrète:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

d) la liberté de parole;

Charte canadienne des droits et libertés

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit:

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

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

IV. Judgments of the Alberta Courts

A. *Alberta Court of Queen's Bench* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254

In the Court of Queen's Bench, only the s. 2(b) issue was given substantial consideration, the argument on s. 11(d) not being entertained for lack of proper notice to the Crown. In dismissing Mr. Keegstra's s. 2(b) submission, Quigley J. was of the view that there exists a discernible Canadian concept of freedom of expression, a concept emanating from four principles found in the preamble to the *Canadian Bill of Rights* and the introductory words to s. 1 of the Bill, namely, i) an acknowledgment of the supremacy of God; ii) the dignity and worth of the human person; iii) respect for moral and spiritual values; and iv) the rule of law. Quigley J. saw the affirmation of these principles in s. 15 of the *Charter*, that section enshrining as it does the dignity and worth of every individual (p. 268). Of further interpretive use was the *Charter's* s. 27, which he felt required a view of freedom of expression which is compatible with the preservation and enhancement of Canada's multicultural heritage (p. 268).

Using the principles provided by the *Canadian Bill of Rights* and affirmed in ss. 15 and 27 of the *Charter*, Quigley J. observed that the wilful promotion of hatred against a section of the Canadian public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin is antithetical to the dignity and worth of the members of an identifiable group. As such, it negates their rights and freedoms, in particular denying them the right to the equal protection and benefit of the law without discrimination. Quigley J. thus decided that s. 319(2) does not infringe s. 2(b) of the *Charter*, stating (at p. 268):

... it is my opinion that s. 281.2(2) [now s. 319(2)] of the *Code* cannot rationally be considered to be an infringement which limits "freedom of expression", but on the contrary it is a safeguard which promotes it. The protection afforded by the proscription tends to banish the apprehension which might otherwise inhibit certain

IV. Les jugements des tribunaux albertains

A. *Cour du Banc de la Reine de l'Alberta* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254

^a En Cour du Banc de la Reine, seule la question de l'al. 2b) a été examinée de façon approfondie. L'argument fondé sur l'al. 11d) n'a pas été examiné, car la poursuite n'en avait pas été dûment avisée. En rejetant l'argument concernant l'al. 2b) soulevé par M. Keegstra, le juge Quigley a exprimé l'avis qu'il existe un concept canadien identifiable de liberté d'expression, qui procède de quatre principes énoncés au préambule de la *Déclaration canadienne des droits* et dans les dispositions liminaires de son article premier, savoir: (i) la reconnaissance de la suprématie de Dieu; (ii) la dignité et la valeur de la personne humaine; (iii) le respect des valeurs morales et spirituelles; et (iv) le règne du droit. Selon le juge Quigley, ces principes sont confirmés par l'art. 15 de la *Charte* qui consacre la dignité et la valeur de chaque individu (p. 268). L'article 27 de la *Charte* est aussi utile à l'interprétation car, de l'avis du juge Quigley, il commande une conception de la liberté d'expression qui soit compatible avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel du Canada (p. 268).

^f Se fondant sur les principes énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits* et confirmés aux art. 15 et 27 de la *Charte*, le juge Quigley note que la fomentation volontaire de la haine contre une section du public canadien qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique est contraire à la dignité et à la valeur des membres d'un groupe identifiable. Cela étant, elle entraîne la négation de leurs droits et de leurs libertés, en les privant notamment du droit à la même protection et au même bénéfice de la loi que les autres, libres de toute discrimination. Le juge Quigley a décidé en conséquence que le par. 319(2) ne viole pas l'al. 2b) de la *Charte*, et dit à ce propos, à la p. 268:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis que le par. 281.2(2) [maintenant le par. 319(2)] du *Code* ne peut rationnellement être considéré comme une violation de la «liberté d'expression», car il en permet la sauvegarde et la faveur. La protection résultant de l'interdiction tend en effet à écarter l'appréhension qui pourrait autrement

segments of our society from freely expressing themselves upon the whole spectrum of topics, whether social, economic, scientific, political, religious, or spiritual in nature. The unfettered right to express divergent opinions on these topics is the kind of freedom of expression the Charter protects.

In the event that he was wrong in this conclusion, Quigley J. went on to ask whether s. 319(2) was justified under s. 1 of the *Charter*. He noted that persons maligned by hate propaganda may respond aggressively and be stripped of their sense of personal dignity and self-worth, while those whom the hate-monger seeks to influence are harmed because "it is beyond doubt that breeding hate is detrimental to society for psychological and social reasons and that it can easily create hostility and aggression which leads to violence" (p. 273). In light of these harms, Quigley J. saw s. 319(2) as a rational means of preventing real and serious damage to both individuals and society generally. Moreover, he felt that the various restrictions and defences built into s. 319(2) ensure that it has "a very minimal effect on the over-all right of freedom of expression" (p. 274). In Quigley J.'s view, the balance struck between free expression and the broader interests of social cohesion and the common good thus justified s. 319(2) as a reasonable limit to s. 2(b) under s. 1.

B. *Alberta Court of Appeal* (per Kerans J.A., Stevenson and Irving J.J.A. concurring) (1988), 43 C.C.C. (3d) 150

In the Alberta Court of Appeal, two *Charter* provisions were invoked by Mr. Keegstra. First, s. 2(b) was used as it had been in the pre-trial application before the Court of Queen's Bench, and second, the presumption of innocence protected in s. 11(d) was used to attack the reverse onus placed upon an accused by the defence of truth in s. 319(3)(a). On both issues Kerans J.A., writing for a unanimous court, found that the *Charter* had been violated. As a result, the appeal was allowed and the impugned provision struck down, and it

empêcher certains éléments de notre société de s'exprimer librement sur toute la gamme des sujets possibles, qu'ils soient de nature sociale, économique, scientifique, politique, religieuse ou spirituelle. Le droit illimité d'exprimer des opinions divergentes sur ces sujets est précisément le genre de liberté d'expression que protège la Charte.

Au cas où cette conclusion serait erronée, le juge Quigley examine ensuite la question de la justification du par. 319(2) aux termes de l'article premier de la *Charte*. Il souligne que les personnes calomniées par une propagande haineuse peuvent y réagir d'une façon agressive et se sentir dépouillées de leur dignité et de leur valeur personnelles et que ceux que les fomentateurs de haine cherchent à influencer sont également lésés puisqu'il [TRADUCTION] «ne fait aucun doute que la fomentation de la haine nuit à la société pour des raisons d'ordre psychologique et social et qu'elle peut facilement engendrer l'hostilité et l'agressivité qui mènent à la violence» (p. 273). Eu égard à ces maux, le juge Quigley considère le par. 319(2) comme un moyen rationnel de prévenir un préjudice réel et grave aux particuliers et à la société en général. Il estime en outre que les diverses restrictions et les différents moyens de défense prévus au par. 319(2) font qu'il n'a [TRADUCTION] «qu'un effet très minime sur le droit global à la liberté d'expression» (p. 274). De l'avis du juge Quigley, l'équilibre établi entre la liberté d'expression et les intérêts plus larges de la cohésion sociale et du bien commun justifie donc le par. 319(2) comme limite raisonnable imposée à l'al. 2b), en vertu de l'article premier.

B. *Cour d'appel de l'Alberta* (le juge Kerans, avec l'appui des juges Stevenson et Irving) (1988), 43 C.C.C. (3d) 150

En Cour d'appel de l'Alberta, M. Keegstra a invoqué deux dispositions de la *Charte*. Il a invoqué en premier lieu l'al. 2b), de la même façon que dans la demande soumise à la Cour du Banc de la Reine avant le procès, et, en deuxième lieu, la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) pour contester le renversement du fardeau de la preuve imposé à un accusé par le moyen de défense de véracité prévu à l'al. 319(3)a). Le juge Kerans, au nom d'une cour unanime, a conclu qu'il y avait eu, dans les deux cas, violation de la *Charte*. Par

became unnecessary to deal with a number of other grounds of appeal raised by Mr. Keegstra.

Kerans J.A. began by noting that under s. 319(3)(a) an accused could be convicted of wilfully promoting hatred upon failure to prove on a balance of probabilities the truth of his or her statements. In this way, the onus of proving innocence was on the accused, and s. 319(3)(a) therefore violated s. 11(d). Under s. 1, Kerans J.A. could only envision one justification for a reverse onus, namely "where the inference commanded by the statutory presumption is so persuasive that only a perverse jury would have a doubt" (p. 160). In his opinion, statements intended to promote hatred could quite conceivably be true, and he consequently ruled that the reverse onus in s. 319(3)(a) was not saved under s. 1.

Turning next to the freedom of expression issue, Kerans J.A. was willing to accept that knowingly false expression was not covered by s. 2(b). Section 319(2) extended beyond knowingly false communications, however, covering all falsehoods, including those innocently and negligently made. The relevant question under s. 2(b) was therefore whether falsehoods unknowingly made were protected by the *Charter*. Invoking John Stuart Mill's "marketplace of ideas", Kerans J.A. decided in the affirmative, stating that "s. 2(b) should be understood as protecting both innocent error and imprudent speech" (p. 164). As s. 319(2) did neither, he held that it infringes s. 2(b) of the *Charter*.

Moving on to the s. 1 analysis, Kerans J.A. first considered whether the challenged legislation bore a rational relationship to a valid legislative objective. He accepted that preventing harm to the reputation and psychological well-being of target-group members was a valid s. 1 objective, stating

conséquent, l'appel a été accueilli et la disposition attaquée invalidée. Il n'était donc plus nécessaire d'aborder plusieurs autres moyens d'appel soulevés par M. Keegstra.

^a Le juge Kerans a commencé par souligner qu'aux termes de l'al. 319(3)a un accusé pouvait être reconnu coupable de fomenter volontairement la haine dès lors qu'il ne réussissait pas à établir ^b selon la prépondérance des probabilités la véracité de ses déclarations. Il incombait ainsi à l'accusé de prouver son innocence; l'al. 319(3)a était donc une violation de l'al. 11d). Le juge Kerans ne pouvait envisager, aux fins de l'article premier, ^c qu'une seule justification du renversement du fardeau de la preuve, savoir [TRADUCTION] «le cas où l'inférence imposée par la présomption légale est tellement convaincante que seul un jury pervers pourrait avoir un doute» (p. 160). À son avis, il ^d était tout à fait concevable que des déclarations destinées à fomenter la haine soient vraies et que l'article premier ne pouvait pas sauvegarder le renversement du fardeau de la preuve résultant de ^e l'al. 319(3)a).

Passant ensuite à la question de la liberté d'expression, le juge Kerans était disposé à admettre que l'al. 2b) ne s'appliquait pas à l'expression que ^f son auteur savait fausse. Le paragraphe 319(2) visait plus que les communications sciemment fausses pour englober toutes les fausses déclarations même celles faites innocemment et par négligence. La question pertinente à se poser aux fins ^g de l'al. 2b) était donc de savoir si des déclarations fausses qui n'étaient pas faites sciemment bénéficiaient de la protection de la *Charte*. Invoquant la notion du «marché des idées» de John Stuart Mill, le juge Kerans y répond par l'affirmative, disant ^h que [TRADUCTION] «l'al. 2b) devrait s'interpréter de manière à protéger à la fois l'erreur innocente et les propos imprudents» (p. 164). Selon lui, comme le par. 319(2) ne protège ni l'un ni l'autre, ⁱ il viole l'al. 2b) de la *Charte*.

Passant ensuite à l'analyse fondée sur l'article premier, le juge Kerans examine d'abord si la disposition législative contestée a un lien rationnel avec un objectif législatif légitime. Il convient que ^j la prévention d'atteintes à la réputation et au bien-être psychologique des membres du groupe

that the making of unjust or capricious distinctions is “an attack on the dignity of the victim, and can result in a debilitating sense of alienation from society” (p. 169). Kerans J.A. nevertheless saw a difference between pain suffered by the target of isolated abuse and the crushing effect of systemic discrimination. He remarked that feelings of outrage and frustration caused by name-calling may be bearable if the abuse is rejected by the community as a whole, while in contrast name-calling becomes unbearable when, “it indeed cools one’s friends and heats one’s enemies” (p. 169). Consequently, he viewed injury stemming from hate propaganda as serious enough to require the sanction of the criminal law only where people actually hate a group as a result of abuse.

The protection of individuals from actual hatred being alone sufficient reason to limit imprudent speech, Kerans J.A. found that s. 319(2) fails the proportionality test through overbreadth, permitting as it does the conviction of a person who merely intends to cause hatred. In coming to this result, Kerans J.A. viewed as insufficient, safeguards said to prevent the use of s. 319(2) to prosecute “harmless cranks” or persons in the public eye who utter an “unfortunate” remark that is picked up by the media. He also dismissed the Crown’s contention that it would be impossible to prove actual harm from a particular hate-promoting communication, and refused to see prosecutorial discretion in s. 319(6) as a sufficient antidote to the offence’s overbreadth. Finally, he did not view ss. 15 and 27 of the *Charter* as working to justify s. 319(2) under s. 1. In Kerans J.A.’s opinion, these *Charter* provisions do not forbid Canadians from criticizing the values of equality and multiculturalism, and while accepting that no Canadian should be asked to suffer simply because of his or her racial or ethnic heritage, he concluded that the challenged law “catches more than that” (p. 178).

cible représente un objectif valide aux fins de l’article premier. Il dit à ce propos que faire des distinctions injustes ou capricieuses constitue [TRADUCTION] «une attaque contre la dignité de la victime et peut entraîner un sentiment débilant d’ostracisme» (p. 169). Le juge Kerans voit néanmoins une différence entre la peine soufferte par la cible d’une attaque isolée et l’effet accablant d’une discrimination systémique. Il fait remarquer que les sentiments d’indignation et de frustration causés par des insultes peuvent être supportables si les propos offensants sont rejetés par l’ensemble de la collectivité, tandis que les insultes deviennent insupportables dès lors que [TRADUCTION] «elles provoquent réellement la froideur chez les amis et la colère des ennemis» (p. 169). Par conséquent, il ne juge le préjudice découlant de la propagande haineuse suffisamment grave pour exiger la sanction du droit criminel que lorsque des personnes sont amenées à haïr réellement un groupe par suite de propos offensants.

Puisque la protection des individus contre la haine réelle constitue la seule raison suffisante de limiter l’expression imprudente, le juge Kerans conclut que le par. 319(2) ne satisfait pas au critère de proportionnalité, en raison de sa portée excessive, car il permet de déclarer coupable une personne qui a seulement l’intention de fomenter la haine. Pour arriver à cette conclusion, le juge Kerans tient pour insuffisantes les mesures protectrices destinées à empêcher le recours au par. 319(2) pour poursuivre des [TRADUCTION] «excentriques inoffensifs» ou des personnes en vue qui font une observation [TRADUCTION] «malheureuse» dont s’emparent les médias. Il rejette en outre l’argument du ministère public invoquant l’impossibilité de prouver un préjudice réel résultant d’une communication donnée qui fomente la haine, et refuse de voir dans le pouvoir discrétionnaire du ministère public prévu au par. 319(6) un remède suffisant à la portée excessive de l’infraction. En dernier lieu, il ne croit pas que les art. 15 et 27 de la *Charte* puissent servir à justifier le par. 319(2) selon l’article premier. De l’avis du juge Kerans, ces dispositions de la *Charte* n’interdisent pas aux Canadiens de critiquer les valeurs de l’égalité et du multiculturalisme et, bien qu’acceptant qu’aucun Canadien ne devrait souffrir en

In the result, he found that the impugned legislative provision was not saved under s. 1.

V. The History of Hate Propaganda Crimes in Canada

The history of attempts to prevent the propagation of scurrilous statements about particular groups is, not surprisingly, extremely old. The earliest instance where such expression was made criminal occurred in 1275, when the offence of *De Scandalis Magnatum* was created, prohibiting "any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm". As Sir William Holdsworth noted, the aim of the statute was to prevent false statements which, in a society dominated by extremely powerful landowners, could threaten the security of the state (see *A History of English Law* (5th ed. 1942), vol. III, at p. 409).

De Scandalis Magnatum was rarely employed, and was abolished in England in 1887, but its legacy survives in s. 181 of our *Criminal Code*, which makes it an offence to spread knowingly false news that is likely to cause injury or mischief to a public interest. Section 181 does not on its face address the problem of "hate propaganda", a term which I use for convenience to denote expression intended or likely to create or circulate extreme feelings of opprobrium and enmity against a racial or religious group, but it has been used recently to prosecute an individual for the distribution of anti-semitic material (see *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)). In the more distant past, a forerunner of s. 181 was employed against the disseminator of a pamphlet decrying the plight of Jehovah's Witnesses in Quebec. This earlier case, *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.), interpreted the provision narrowly, holding that the requirement of injury or the likelihood of injury to the public interest was not satisfied by simply a desire to fan hatred and ill-will between different groups, but rather needed some-

raison simplement de son patrimoine racial ou ethnique, il conclut que la disposition législative contestée [TRADUCTION] «ne s'en tient pas là» (p. 178). Il décide en conséquence qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier.

V. Historique des crimes reliés à la propagande haineuse au Canada

Les tentatives de prévention de la propagation de déclarations injurieuses à l'égard de groupes particuliers remontent fort loin dans le temps, ce qui n'est pas surprenant. Le premier cas de criminalisation de ce genre d'expression date de 1275 avec la création de l'infraction *De Scandalis Magnatum* interdisant [TRADUCTION] «toute fausse nouvelle ou tout récit pouvant faire naître la discorde ou des possibilités de discorde ou de diffamation entre le roi et son peuple ou les grands du royaume». Comme l'indique sir William Holdsworth, la loi visait à empêcher les déclarations fausses qui, dans une société dominée par des propriétaires terriens extrêmement puissants, risquaient de menacer la sécurité de l'État (voir *A History of English Law* (5^e éd. 1942), vol. III, à la p. 409).

Rarement utilisée, *De Scandalis Magnatum* fut abolie en Angleterre en 1887, mais il en subsiste des vestiges dans l'art. 181 de notre *Code criminel*, qui qualifie d'infraction la diffusion de nouvelles sciemment fausses qui sont de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public. L'article 181 n'aborde pas à première vue le problème de la «propagande haineuse», terme que j'emploie pour désigner l'expression destinée à créer et propager des sentiments extrêmes d'opprobre et d'inimitié envers un groupe racial ou religieux, ou dont tel sera l'effet probable, mais on s'en est servi dernièrement pour poursuivre une personne pour la distribution d'écrits antisémites (voir *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.)). Dans un passé plus éloigné, un article avant-coureur de l'art. 181 a été utilisé contre le distributeur d'un tract protestant contre le sort des Témoins de Jéhovah au Québec. Cet arrêt plus ancien, *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.), a donné à la disposition une interprétation restrictive en statuant que l'exigence d'une atteinte ou de la probabilité d'une atteinte à l'intérêt public n'était pas

thing more in the nature of an intention to disobey openly or to act violently against the established authority.

Prior to 1970, s. 181 was the only provision of the *Criminal Code* with links (albeit mainly historical) to an offence of group defamation. Our common law has long seen defamation as a tortious action, but only where a litigant can show that reputation has been damaged by offending statements directed towards him or her as an individual. Similarly, until the amendments creating s. 319(2), Canadian criminal law made defamation an offence only in the case of attacks upon a person, as is evident from the combined effect of what are now ss. 298 and 300 of the *Criminal Code*. The scope of "person" set out in s. 2 of the *Code* extends somewhat beyond the individual, covering additionally public bodies, corporations, societies and companies, but groups having common characteristics such as race, religion, colour and ethnic origin are not included in the definition.

Section 300 was not, before 1970, the only *Criminal Code* offence prohibiting a type of libel. There also existed the crime of seditious libel, now found in s. 59, prohibiting the speaking or publishing of seditious words. This offence required the existence of a "seditious intention", a state of mind which, without limiting the scope of the phrase, was statutorily presumed to be present in those advocating the unlawful use of force as a means of accomplishing a governmental change within Canada. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, this Court interpreted "seditious intention" restrictively, however, finding the term to require proof of an intention to incite acts of violence or public disorder. The decision in *Boucher* has been long regarded as a strong defence of the merits of freedom of expression. Not surprisingly, for this reason it was relied upon in *Carrier* for the narrow interpretation of the offence of spreading false news.

remplie par l'existence du simple désir d'attiser la haine et l'inimitié entre différents groupes, mais qu'il fallait en outre quelque chose de la nature d'une intention de désobéir ouvertement ou de se livrer à des actes de violence contre l'autorité établie.

Avant 1970, l'art. 181 était l'unique disposition du *Code criminel* qui avait des liens (quoique surtout historiques) avec une infraction de diffamation d'un groupe. Notre common law a depuis longtemps vu la diffamation comme un délit, mais seulement lorsque le demandeur peut démontrer que des déclarations offensantes le visant en tant qu'individu ont nui à sa réputation. De même, jusqu'aux modifications qui ont introduit le par. 319(2), la diffamation ne constituait une infraction en droit criminel canadien que dans le cas d'attaques contre une personne, ce qui ressort nettement de l'effet conjugué des actuels art. 298 et 300 du *Code criminel*. La portée du mot «personne» à l'art. 2 du *Code* dépasse quelque peu la notion d'individu pour englober en outre les corps publics, les personnes morales, les sociétés et les compagnies, mais les groupes dont les membres possèdent des caractéristiques communes telles que la race, la religion, la couleur et l'origine ethnique ne sont toutefois pas compris dans la définition.

L'article 300 n'était pas, avant 1970, l'unique disposition du *Code criminel* à interdire un type de diffamation. Il y avait aussi le crime de libelle séditieux, actuellement l'art. 59, interdisant la tenue ou la publication de propos séditieux. Cette infraction comportait une «intention séditieuse», un état d'esprit que, sans limiter la portée de l'expression, la loi présumait chez quiconque préconisait l'usage illégal de la force comme moyen d'opérer un changement de gouvernement au Canada. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a toutefois interprété l'expression «intention séditieuse» de façon restrictive, concluant qu'elle exigeait qu'on fasse la preuve de l'intention d'inciter à des actes de violence ou de désordre public. L'arrêt *Boucher* est depuis longtemps considéré comme un plaidoyer puissant en faveur de la liberté d'expression. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce qu'il ait été invoqué dans l'arrêt *Carrier* à l'appui de l'interprétation restrictive de l'infraction de diffusion de fausses nouvelles.

While the history of attempts to prosecute criminally the libel of groups is lengthy, the *Criminal Code* provisions discussed so far do not focus specifically upon expression propagated with the intent of causing hatred against racial, ethnic or religious groups. Even before the Second World War, however, fears began to surface concerning the inadequacy of Canadian criminal law in this regard. In the 1930s, for example, Manitoba passed a statute combatting a perceived rise in the dissemination of Nazi propaganda (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, c. 113, s. 13A (added S.M. 1934, c. 23, s. 1), now *The Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20, s. 19(1)). Following the Second World War and revelation of the Holocaust, in Canada and throughout the world a desire grew to protect human rights, and especially to guard against discrimination. Internationally, this desire led to the landmark *Universal Declaration of Human Rights* in 1948, and, with reference to hate propaganda, was eventually manifested in two international human rights instruments. In Canada, the post-war mood saw an attempt to include anti-hate propaganda provisions in the 1953 revision of the *Criminal Code*, but most influential in changing the criminal law in order to prohibit hate propaganda was the appointment by Justice Minister Guy Favreau of a special committee to study problems associated with the spread of hate propaganda in Canada.

The Special Committee on Hate Propaganda in Canada, usually referred to as the Cohen Committee, was composed of the following members: Dean Maxwell Cohen, Q.C., Dean of the Faculty of Law, McGill University, chair; Dr. J. A. Corry, Principal, Queen's University; L'Abbé Gérard Dion, Faculty of Social Sciences, Laval University; Mr. Saul Hayes, Q.C., Executive Vice-President, Canadian Jewish Congress; Professor Mark R. MacGuigan, Associate Professor of Law, University of Toronto; Mr. Shane MacKay, Executive Editor, *Winnipeg Free Press*, and Professor Pierre-E. Trudeau, Associate Professor of Law, University of Montreal. This was a particularly

Bien que l'histoire des tentatives de poursuivre au criminel la diffamation de groupes soit longue, les dispositions du *Code criminel* mentionnées jusqu'ici ne visent pas comme telle l'expression diffusée dans l'intention de susciter la haine contre des groupes raciaux, ethniques ou religieux. Même avant la Seconde Guerre mondiale, toutefois, se sont fait jour des craintes au sujet des lacunes du droit criminel canadien à cet égard. Au cours des années 30, par exemple, le Manitoba a adopté une loi pour combattre ce qu'on pensait être un accroissement de la diffusion de propagande nazie (*The Libel Act*, R.S.M. 1913, ch. 113, art. 13A (aj. S.M. 1934, ch. 23, art. 1), devenue *La Loi sur la diffamation*, L.R.M. 1987, ch. D20, par. 19(1)). À la suite de la Seconde Guerre mondiale et de la révélation de l'Holocauste, a pris naissance au Canada et dans le monde entier le désir de protéger les droits de la personne et surtout de se prémunir contre la discrimination. Sur le plan international, ce désir a conduit à l'historique *Déclaration universelle des droits de l'homme* en 1948 et, en ce qui a trait à la propagande haineuse, il s'est finalement manifesté dans deux documents internationaux visant les droits de la personne. Au Canada, l'état d'esprit de l'après-guerre a amené une tentative pour inclure dans la refonte de 1953 du *Code criminel* des dispositions proscrivant la propagande haineuse, mais le facteur le plus décisif dans la modification du droit criminel afin d'interdire la propagande haineuse a été la création par le ministre de la Justice, Guy Favreau, d'un comité spécial chargé d'étudier les problèmes liés à la diffusion de la propagande haineuse au Canada.

Les membres du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada, communément appelé le comité Cohen, étaient: son président, Maxwell Cohen, c.r., doyen de la faculté de droit de l'université McGill; M. J. A. Corry, recteur de l'université Queens; l'abbé Gérard Dion, de la faculté des sciences sociales de l'université Laval; M. Saul Hayes, c.r., vice-président exécutif, Congrès juif canadien; M. Mark R. MacGuigan, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université de Toronto; M. Shane MacKay, directeur, *Winnipeg Free Press*, et M. Pierre-E. Trudeau, professeur agrégé à la faculté de droit de l'université de Montréal. C'était un comité particulièrement fort

strong Committee, and in 1966 it released the unanimous *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*.

The tenor of the Report is reflected in the opening paragraph of its Preface, which reads:

This Report is a study in the power of words to maim, and what it is that a civilized society can do about it. Not every abuse of human communication can or should be controlled by law or custom. But every society from time to time draws lines at the point where the intolerable and the impermissible coincide. In a free society such as our own, where the privilege of speech can induce ideas that may change the very order itself, there is a bias weighted heavily in favour of the maximum of rhetoric whatever the cost and consequences. But that bias stops this side of injury to the community itself and to individual members or identifiable groups innocently caught in verbal cross-fire that goes beyond legitimate debate.

In keeping with these remarks, the recurrent theme running throughout the Report is the need to prevent the dissemination of hate propaganda without unduly infringing the freedom of expression, a theme which led the Committee to recommend a number of amendments to the *Criminal Code*. These amendments were made, essentially along the lines suggested by the Committee, and covered the advocacy of genocide (s. 318), the public incitement of hatred likely to lead to a breach of peace (s. 319(1)) and the provision challenged in this appeal and presently found in s. 319(2) of the *Code*, namely, the wilful promotion of hatred.

VI. Section 2(b) of the Charter—Freedom of Expression

Having briefly set out the history of attempts to prohibit hate propaganda, I can now address the constitutional questions arising for decision in this appeal. The first of these concerns whether the *Charter* guarantee of freedom of expression is infringed by s. 319(2) of the *Criminal Code*. In other words, does the coverage of s. 2(b) extend to the public and wilful promotion of hatred against an identifiable group. Before looking to the specific facts of this appeal, however, I would like to comment upon the nature of the s. 2(b) guarantee.

et, en 1966, il a publié à l'unanimité le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*.

a Le premier alinéa de l'avant-propos donne le ton du rapport:

Le présent rapport est une étude de la puissance destructrice des mots et des mesures qu'une société civilisée peut prendre pour y obvier. La loi ou la coutume ne peut ni ne doit redresser tous les abus dans les rapports entre les humains. Mais toutes les sociétés, de temps à autre, fixent les limites de ce qui ne saurait être toléré et permis. Dans une société libre comme la nôtre, où la liberté de parole peut faire naître des idées propres à modifier jusqu'à l'ordre établi, on attache beaucoup de prix à la rhétorique sans se soucier des conséquences. Mais ce penchant pour l'éloquence ne doit pas aller jusqu'à tolérer les préjudices causés à la collectivité et aux personnes ou groupes identifiables, victimes innocentes du feu croisé de la discussion qui dépasse les limites permises.

Conformément à ces observations, le thème constamment repris dans le rapport est la nécessité de prévenir la diffusion de la propagande haineuse sans porter indûment atteinte à la liberté d'expression, thème qui a poussé le comité à recommander plusieurs modifications du *Code criminel*. Ces modifications ont été apportées, pour l'essentiel selon les recommandations du Comité. Elles visaient l'encouragement au génocide (art. 318), l'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et la disposition contestée en l'espèce, le par. 319(2) actuel du *Code*, la fomentation volontaire de la haine.

VI. L'alinéa 2b) de la Charte—la liberté d'expression

Après ce bref historique des tentatives d'interdiction de la propagande haineuse, je peux maintenant aborder les questions constitutionnelles à trancher dans le cadre du présent pourvoi. La première est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est une violation de la garantie de la liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. En d'autres termes, l'al. 2b) s'applique-t-il à la fomentation publique et volontaire de la haine contre un groupe identifiable. Avant d'examiner les faits particuliers de la présente espèce, cependant, je sou-

Obviously, one's conception of the freedom of expression provides a crucial backdrop to any s. 2(b) inquiry; the values promoted by the freedom help not only to define the ambit of s. 2(b), but also come to the forefront when discussing how competing interests might co-exist with the freedom under s. 1 of the *Charter*.

In the recent past, this Court has had the opportunity to hear and decide a number of freedom of expression cases, among them *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; and *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232. Together, the judgments in these cases provide guidance as to the values informing the freedom of expression, and additionally indicate the relationship between ss. 2(b) and 1 of the *Charter*.

That the freedom to express oneself openly and fully is of crucial importance in a free and democratic society was recognized by Canadian courts prior to the enactment of the *Charter*. The treatment of freedom of expression by this Court in both division of powers and other cases was examined in *Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, at pp. 583-88, and it was noted that well before the advent of the *Charter*—before even the *Canadian Bill of Rights* was passed by Parliament in 1960, S.C. 1960, c. 44—freedom of expression was seen as an essential value of Canadian parliamentary democracy. This freedom was thus protected by the Canadian judiciary to the extent possible before its entrenchment in the *Charter*, and occasionally even appeared to take on the guise of a constitutionally protected freedom (see, e.g., *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, *per*

haite faire quelques observations sur la nature de la garantie de l'al. 2b). À l'évidence, la conception qu'on peut avoir de la liberté d'expression est la toile de fond essentielle de toute analyse fondée sur l'al. 2b), car les valeurs que favorise cette liberté aident non seulement à définir la portée de l'al. 2b), mais viennent au premier plan dans l'étude des modalités de coexistence d'intérêts opposés avec cette même liberté, sous le régime de l'article premier de la *Charte*.

Dans un passé récent, notre Cour a eu l'occasion d'entendre et de trancher plusieurs litiges en matière de liberté d'expression. Il s'agit notamment de: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; et *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232. Ensemble ces arrêts nous éclairent sur les valeurs que renferme la liberté d'expression et nous font voir en outre les rapports entre l'al. 2b) et l'article premier de la *Charte*.

Que la liberté de s'exprimer ouvertement et sans restriction revête une importance vitale dans une société libre et démocratique, les tribunaux canadiens l'ont reconnu avant l'adoption de la *Charte*. La position de notre Cour à l'égard de la liberté d'expression, à la fois dans les affaires touchant le partage des pouvoirs et ailleurs, a fait l'objet d'un examen dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, précité, aux pp. 583 à 588, où l'on fait remarquer que bien avant la *Charte*, même avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits* par le législateur fédéral en 1960, S.C. 1960, ch. 44, la liberté d'expression était perçue comme une valeur essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. Cette liberté était donc protégée par les tribunaux canadiens dans la mesure du possible avant sa consécration dans la *Charte* et elle paraissait même prendre parfois la forme d'une liberté garantie par la Constitution (voir, par exemple, *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, le juge en chef Duff, aux pp. 132 et 133; et

Duff C.J., at pp. 132-33; and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, *per* Abbott J., at p. 326).

Without explicit protection under a written constitution, however, the freedom of expression was not always accorded careful consideration in pre-*Charter* cases (see Clare Beckton, "Freedom of Expression" in G.-A. Beaudoin and E. Ratushny, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2nd ed. 1989), 195, at pp. 197-98). Moreover, pre-*Charter* jurisprudence used freedom of expression primarily in relation to political expression, a context which restricted somewhat the content of the freedom and led this Court to remark in *Ford*, *supra*, at p. 764:

The pre-*Charter* jurisprudence emphasized the importance of political expression because it was a challenge to that form of expression that most often arose under the division of powers and the "implied bill of rights", where freedom of political expression could be related to the maintenance and operation of the institutions of democratic government. But political expression is only one form of the great range of expression that is deserving of constitutional protection because it serves individual and societal values in a free and democratic society.

While the pre-*Charter* era saw a role for the freedom of expression, then, with the *Charter* came not only its increased importance, but also a more careful and generous study of the values informing the freedom.

As is evident from the quotation just given, the reach of s. 2(b) is potentially very wide, expression being deserving of constitutional protection if "it serves individual and societal values in a free and democratic society". In subsequent cases, the Court has not lost sight of this broad view of the values underlying the freedom of expression, though the majority decision in *Irwin Toy* perhaps goes further towards stressing as primary the "democratic commitment" said to delineate the protected sphere of liberty (p. 971). Moreover, the Court has attempted to articulate more precisely some of the convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy*

Switzman v. Elbling, [1957] R.C.S. 285, le juge Abbott, à la p. 326).

En l'absence de protection explicite dans une constitution écrite, cependant, la liberté d'expression n'a pas toujours fait l'objet d'une considération poussée dans les affaires antérieures à la *Charte* (voir Clare Beckton, «Liberté d'expression», dans G.-A. Beaudoin et E. Ratushny, éd., *Charte canadienne des droits et libertés* (2^e éd. 1989), 223, aux pp. 226 et 227). De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte*, appliquait la liberté d'expression surtout à l'expression politique, contexte qui limitait quelque peu le contenu de cette liberté et qui a amené notre Cour à faire dans l'arrêt *Ford*, précité, l'observation suivante, à la p. 764:

Si la jurisprudence antérieure à la *Charte* a insisté sur l'importance de l'expression politique, cela tenait à ce qu'elle était la forme d'expression qui donnait le plus souvent lieu à des contestations fondées sur le partage des pouvoirs et sur la «charte des droits implicite» et que, dans ce contexte, la liberté d'expression politique pouvait être rattachée au maintien et au fonctionnement des institutions d'un gouvernement démocratique. L'expression politique n'est toutefois qu'une forme d'expression dans la grande diversité de types d'expression qui méritent une protection constitutionnelle parce qu'ils servent à promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique.

La liberté d'expression a donc joué un rôle avant la *Charte*, mais son importance s'est accrue avec la *Charte* et en outre les valeurs qu'elle renfermait ont été soumises à une étude plus minutieuse et plus généreuse.

Il se dégage nettement de l'extrait précité que la portée de l'al. 2b) peut être très large puisque l'expression mérite une protection constitutionnelle si elle sert à «promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique». Dans ses arrêts subséquents, la Cour n'a pas perdu de vue cette conception large des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, quoique la décision de la majorité dans l'affaire *Irwin Toy* insiste peut-être plus fortement sur le caractère primordial de «l'engagement démocratique» qui délimite la sphère de liberté protégée (p. 971). De plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions

(at p. 976) as follows: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom meaning is conveyed.

Although *Ford* commented upon the values generally seen to support the freedom of expression, the decision was also sensitive of the need to consider these values within the textual framework of the *Charter*. Consequently, the Court stated at pp. 765-66 that,

While . . . attempts to identify and define the values which justify the constitutional protection of freedom of expression are helpful in emphasizing the most important of them, they tend to be formulated in a philosophical context which fuses the separate questions of whether a particular form or act of expression is within the ambit of the interests protected by the value of freedom of expression and the question whether that form or act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter*. These are two distinct questions and call for two distinct analytical processes.

It is the presence of s. 1 which makes necessary this bifurcated approach to Canadian freedom of expression cases. Indeed, the application of this approach in *Ford* in part permitted the Court to give a large and liberal interpretation to s. 2(b), on the facts of the case leading to the inclusion of commercial expression within its ambit, and to state that the weighing of competing values would "in most instances" take place in s. 1 (p. 766).

Irwin Toy can be seen as at once clarifying the relationship between ss. 2(b) and 1 in freedom of expression cases and reaffirming and strengthening the large and liberal interpretation given the freedom in s. 2(b) by the Court in *Ford*. These aspects of the decision flow largely from a two-step analysis used in determining whether s. 2(b) has been infringed, an approach affirmed by this

dont procède la liberté d'expression, résumées ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Bien que l'arrêt *Ford* ait étudié les valeurs généralement considérées comme soutenant la liberté d'expression, il se montre également sensible à la nécessité d'examiner ces valeurs dans le cadre textuel de la *Charte*. La Cour affirme en conséquence, aux pp. 765 et 766:

Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise, une protection contre toute atteinte. Ces deux questions distinctes appellent deux analyses distinctes.

C'est l'article premier qui exige cette double analyse dans les affaires canadiennes concernant la liberté d'expression. De fait, cette façon de procéder a permis en partie à notre Cour dans l'arrêt *Ford* de donner à l'al. 2b), dans les circonstances de cette affaire, une interprétation large et libérale qui le faisait s'appliquer à l'expression commerciale, et d'affirmer que l'appréciation de valeurs opposées se fera «le plus souvent» dans le cadre établi par l'article premier (p. 766).

L'arrêt *Irwin Toy* peut être considéré à la fois comme précisant le rapport entre l'al. 2b) et l'article premier en matière de liberté d'expression et comme confirmant de nouveau et renforçant l'interprétation large et libérale donnée par notre Cour dans l'arrêt *Ford* à cette liberté énoncée à l'al. 2b). Ces aspects de l'arrêt découlent dans une large mesure de l'analyse en deux étapes utilisée

Court in subsequent cases, for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, and *Royal College of Dental Surgeons*, *supra*.

The first step in the *Irwin Toy* analysis involves asking whether the activity of the litigant who alleges an infringement of the freedom of expression falls within the protected s. 2(b) sphere. In outlining a broad, inclusive approach to answering this question, the following was said (at p. 968):

“Expression” has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed in the Quebec *Charter* so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, “fundamental” because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

Apart from rare cases where expression is communicated in a physically violent form, the Court thus viewed the fundamental nature of the freedom of expression as ensuring that “if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee” (p. 969). In other words, the term “expression” as used in s. 2(b) of the *Charter* embraces all content of expression irrespective of the particular meaning or message sought to be conveyed (*Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1181, *per* Lamer J.).

The second step in the analysis outlined in *Irwin Toy* is to determine whether the purpose of the impugned government action is to restrict freedom of expression. The guarantee of freedom of expression will necessarily be infringed by government action having such a purpose. If, however, it is the effect of the action, rather than the purpose, that restricts an activity, s. 2(b) is not brought into play

pour déterminer s’il y a violation de l’al. 2b), méthode confirmée par notre Cour dans des arrêts postérieurs, dont *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, et *Colège royal des chirurgiens dentistes*, précités.

L’étape initiale de l’analyse prévue dans l’arrêt *Irwin Toy* est de se demander si l’activité de la partie qui allègue l’atteinte à la liberté d’expression est comprise dans la sphère protégée par l’al. 2b). Exposant une approche large et compréhensive pour répondre à cette question, l’arrêt dit (à la p. 968):

L’«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L’activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d’expression a été consacrée par notre Constitution et est garantie dans la *Charte* québécoise pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l’esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l’individu.

Donc, sauf pour les rares cas où l’expression revêt la forme de la violence physique, la Cour a estimé qu’il découle de la nature fondamentale de la liberté d’expression que «si l’activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie» (p. 969). En d’autres termes, le mot «expression» à l’al. 2b) de la *Charte* vise tout contenu de l’expression, sans égard aux sens ou message particulier que l’on cherche à transmettre (voir *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1181, le juge Lamer).

La seconde étape de l’analyse exposée dans l’arrêt *Irwin Toy* est de déterminer si l’action gouvernementale attaquée vise à restreindre la liberté d’expression. Une action gouvernementale ayant un tel objet violera nécessairement la garantie de liberté d’expression. Si, toutefois, l’action a pour effet, plutôt que pour objet, de limiter une activité, l’al. 2b) ne joue pas, à moins que la partie qui

unless it can be demonstrated by the party alleging an infringement that the activity supports rather than undermines the principles and values upon which freedom of expression is based.

Having reviewed the *Irwin Toy* test, it remains to determine whether the impugned legislation in this appeal—s. 319(2) of the *Criminal Code*—infringes the freedom of expression guarantee of s. 2(b). Communications which wilfully promote hatred against an identifiable group without doubt convey a meaning, and are intended to do so by those who make them. Because *Irwin Toy* stresses that the type of meaning conveyed is irrelevant to the question of whether s. 2(b) is infringed, that the expression covered by s. 319(2) is invidious and obnoxious is beside the point. It is enough that those who publicly and wilfully promote hatred convey or attempt to convey a meaning, and it must therefore be concluded that the first step of the *Irwin Toy* test is satisfied.

Moving to the second stage of the s. 2(b) inquiry, one notes that the prohibition in s. 319(2) aims directly at words—in this appeal, Mr. Keegstra's teachings—that have as their content and objective the promotion of racial or religious hatred. The purpose of s. 319(2) can consequently be formulated as follows: to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed. Section 319(2) therefore overtly seeks to prevent the communication of expression, and hence meets the second requirement of the *Irwin Toy* test.

In my view, through s. 319(2) Parliament seeks to prohibit communications which convey meaning, namely, those communications which are intended to promote hatred against identifiable groups. I thus find s. 319(2) to constitute an infringement of the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Before moving on to see whether the impugned provision is nonetheless justified under s. 1, however, I wish to canvas two arguments made in favour of the position that communications intended to promote hatred do not fall within the ambit of s. 2(b). The first of

allègue l'atteinte puisse démontrer qu'il s'agit d'une activité qui, loin de les miner, étaye les principes et les valeurs sur lesquels repose la liberté d'expression.

^a Ayant étudié le critère établi dans l'arrêt *Irwin Toy*, il nous reste à déterminer si la disposition législative contestée en l'espèce—le par. 319(2) du *Code criminel*—porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b). Les communications fomentant volontairement la haine contre un groupe identifiable transmettent incontestablement une signification, et telle est l'intention de leurs auteurs. Puisque l'arrêt *Irwin Toy* insiste sur le fait que le type de signification transmise n'a aucune pertinence pour la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 2b), il est dès lors sans intérêt que l'expression visée au par. 319(2) soit odieuse ou désobligeante. Il suffit que ceux qui fomentent publiquement et volontairement la haine transmettent ou tentent de transmettre une signification, et force nous est de conclure que dans son premier volet le critère établi dans l'arrêt *Irwin Toy* a été rempli.

Passant à la seconde étape de l'analyse fondée sur l'al. 2b), on constate que l'interdiction formulée au par. 319(2) vise directement les paroles—en l'occurrence les enseignements de M. Keegstra—dont le contenu et l'objet est de favoriser la haine raciale ou religieuse. L'objet du par. 319(2) peut donc être exprimé ainsi: limiter le contenu de l'expression en précisant certaines significations qui ne doivent pas être transmises. Le paragraphe 319(2) vise donc ouvertement à empêcher une expression et satisfait ainsi au second volet du critère de l'arrêt *Irwin Toy*.

^h À mon avis, le législateur fédéral tente au moyen du par. 319(2) d'interdire des communications qui transmettent une signification, c'est-à-dire celles faites avec l'intention de fomenter la haine contre des groupes identifiables. Je conclus en conséquence que le par. 319(2) viole la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Avant d'examiner si la disposition attaquée est néanmoins justifiée aux termes de l'article premier, je me propose toutefois d'aborder deux arguments avancés pour soutenir que des communications destinées à fomenter la haine ne relèvent pas

these arguments concerns an exception mentioned in *Irwin Toy* concerning expression manifested in a violent form. The second relates to the impact of other sections of the *Charter* and international agreements in interpreting the scope of the freedom of expression guarantee.

Beginning with the suggestion that expression covered by s. 319(2) falls within an exception articulated in *Irwin Toy*, it was argued before this Court that the wilful promotion of hatred is an activity the form and consequences of which are analogous to those associated with violence or threats of violence. This argument contends that Supreme Court of Canada precedent excludes violence and threats of violence from the ambit of s. 2(b), and that the reason for such exclusion must lie in the fact that these forms of expression are inimical to the values supporting freedom of speech. Indeed, in support of this view it was pointed out to us that the Court in *Irwin Toy* stated that "freedom of expression ensures that we can convey our thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure" (p. 970). Accordingly, we were urged to find that hate propaganda of the type caught by s. 319(2), insofar as it imperils the ability of target group members themselves to convey thoughts and feelings in non-violent ways without fear of censure, is analogous to violence and threats of violence and hence does not fall within s. 2(b).

The proposition in *Irwin Toy* that violent expression is not afforded protection under s. 2(b) has its origin in a comment made by McIntyre J. in *Dolphin Delivery Ltd.*, in which he stated that the freedom of expression guaranteed picketers would not extend to protect violence or threats of violence (p. 588). Restricting s. 2(b) in this manner has also been mentioned in more recent Supreme Court of Canada decisions, in particular by Lamer J. in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)* and by a unanimous Court in *Royal College of Dental Surgeons*. It should be emphasized, however, that no decision of this Court has rested on the notion that

de l'al. 2b). Le premier concerne une exception mentionnée dans l'arrêt *Irwin Toy* relative à l'expression se manifestant sous une forme violente. Le second se rapporte à l'incidence d'autres articles de la *Charte* et de certaines conventions internationales sur l'interprétation de la portée de la garantie de la liberté d'expression.

Tout d'abord, quant à l'idée que l'expression visée au par. 319(2) relève d'une exception énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, on a fait valoir que la fomentation volontaire de la haine est une activité qui par sa forme et ses conséquences est analogue à la violence ou aux menaces de violence. Suivant cet argument, la jurisprudence de la Cour suprême du Canada exclut de la portée de l'al. 2b) la violence et les menaces de violence, exclusion qui doit tirer sa justification du fait que ces formes d'expression s'opposent aux valeurs soutenant la liberté d'expression. De fait, on nous a signalé à l'appui de cette position que notre Cour a dit dans l'arrêt *Irwin Toy* que «la liberté d'expression est la garantie que nous pouvons communiquer nos pensées et nos sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure» (p. 970). On nous a donc invités à conclure que la propagande haineuse du type visé au par. 319(2), en ce qu'elle nuit à la capacité des membres des groupes cibles eux-mêmes de communiquer des pensées et des sentiments, de façon non violente, sans crainte de la censure, est assimilable à la violence et aux menaces de violence et ne relève donc pas de l'al. 2b).

La proposition, énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, selon laquelle l'expression violente ne bénéficie pas de la protection de l'al. 2b) tire son origine d'une observation faite par le juge McIntyre dans l'arrêt *Dolphin Delivery Ltd.*, où il dit que la liberté d'expression garantie aux piqueteurs ne saurait être étendue de manière à protéger la violence ou les menaces de violence (p. 588). Une telle restriction de la portée de l'al. 2b) a été mentionnée également dans des arrêts plus récents de notre Cour, particulièrement par le juge Lamer dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)* et par une Cour unanime dans l'arrêt *Collège royal des chirurgiens dentistes*. Il faut toutefois souligner qu'aucun arrêt de notre Cour n'est fondé sur l'idée que la conduite

expressive conduct is excluded from s. 2(b) where it involves violence.

Turning specifically to the proposition that hate propaganda should be excluded from the coverage of s. 2(b), I begin by stating that the communications restricted by s. 319(2) cannot be considered as violence, which on a reading of *Irwin Toy* I find to refer to expression communicated directly through physical harm. Nor do I find hate propaganda to be analogous to violence, and through this route exclude it from the protection of the guarantee of freedom of expression. As I have explained, the starting proposition in *Irwin Toy* is that all activities conveying or attempting to convey meaning are considered expression for the purposes of s. 2(b); the content of expression is irrelevant in determining the scope of this *Charter* provision. Stated at its highest, an exception has been suggested where meaning is communicated directly via physical violence, the extreme repugnance of this form to free expression values justifying such an extraordinary step. Section 319(2) of the *Criminal Code* prohibits the communication of meaning that is repugnant, but the repugnance stems from the content of the message as opposed to its form. For this reason, I am of the view that hate propaganda is to be categorized as expression so as to bring it within the coverage of s. 2(b).

As for threats of violence, *Irwin Toy* spoke only of restricting s. 2(b) to certain forms of expression, stating at p. 970 that,

[w]hile the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. But it is clear, for example, that a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen. [Emphasis in original.]

expressive est exclue de la portée de l'al. 2b) lorsqu'elle prend la forme de la violence.

Pour ce qui est précisément de l'argument selon lequel la propagande haineuse ne devrait pas bénéficier de la protection de l'al. 2b), je souligne d'abord que les communications soumises aux restrictions prévues au par. 319(2) ne sauraient être assimilées à la violence, terme qui, d'après ce que je conclus de l'arrêt *Irwin Toy*, s'applique à l'expression qui se manifeste directement par un préjudice corporel. Je n'estime pas non plus que la propagande haineuse soit analogue à la violence et je ne l'exclus donc pas pour ce motif de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. Comme je l'ai déjà expliqué, l'arrêt *Irwin Toy* part de la proposition que toutes les activités qui transmettent ou qui tentent de transmettre une signification sont assimilées à l'expression aux fins de l'al. 2b); le contenu de l'expression est sans pertinence pour déterminer la portée de cette disposition de la *Charte*. Une exception a été proposée pour le cas extrême où le message est transmis directement par la violence physique, et c'est l'incompatibilité totale de cette forme d'expression avec les valeurs sous-tendant la liberté d'expression qui justifie cette mesure extraordinaire. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* interdit la communication de tout message offensant, mais le caractère offensant tient au contenu du message et non à sa forme. Pour cette raison, la propagande haineuse est à ranger dans la catégorie de l'expression, et relève donc de l'al. 2b).

Pour ce qui est des menaces de violence, l'arrêt *Irwin Toy* parlait seulement de limiter l'application de l'al. 2b) à certaines formes d'expression, disant en effet, à la p. 970:

Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. Toutefois il est parfaitement clair que, par exemple, l'auteur d'un meurtre ou d'un viol ne peut invoquer la liberté d'expression pour justifier le mode d'expression qu'il a choisi. [Souligné dans l'original.]

While the line between form and content is not always easily drawn, in my opinion threats of violence can only be so classified by reference to the content of their meaning. As such, they do not fall within the exception spoken of in *Irwin Toy*, and their suppression must be justified under s. 1. As I do not find threats of violence to be excluded from the definition of expression envisioned by s. 2(b), it is unnecessary to determine whether the threatening aspects of hate propaganda can be seen as threats of violence, or analogous to such threats, so as to deny it protection under s. 2(b).

The second matter which I wish to address before leaving the s. 2(b) inquiry concerns the relevance of other *Charter* provisions and international agreements to which Canada is a party in interpreting the coverage of the freedom of expression guarantee. It has been argued in support of excluding hate propaganda from the coverage of s. 2(b) that the use of ss. 15 and 27 of the *Charter*—dealing respectively with equality and multiculturalism—and Canada's acceptance of international agreements requiring the prohibition of racist statements make s. 319(2) incompatible with even a large and liberal definition of the freedom (see, e.g., I. Cotler, "Hate Literature", in R. S. Abella and M. L. Rothman, eds., *Justice Beyond Orwell* (1985), 117, at pp. 121-22). The general tenor of this argument is that these interpretative aids inextricably infuse each constitutional guarantee with values supporting equal societal participation and the security and dignity of all persons. Consequently, it is said that s. 2(b) must be curtailed so as not to extend to communications which seriously undermine the equality, security and dignity of others.

Because I will deal extensively with the impact of various *Charter* provisions and international agreements when considering whether s. 319(2) is a justifiable limit under s. 1, I will keep my comments here to a minimum. Suffice it to say

Bien que la ligne de démarcation entre la forme et le contenu ne soit pas toujours facile à tracer, les menaces de violence ne peuvent à mon avis être classées que par référence au contenu de leur signification. Comme telles, elles ne relèvent pas de l'exception dont parle l'arrêt *Irwin Toy* et leur suppression doit pouvoir se justifier en vertu de l'article premier. Comme j'estime que les menaces de violence ne sont pas exclues de la définition de l'expression envisagée à l'al. 2b), il est inutile de décider si les aspects menaçants de la propagande haineuse peuvent être considérés comme des menaces de violence, ou analogues à de telles menaces, de manière à lui enlever la protection qu'accorde l'al. 2b).

Le second point que je souhaite traiter avant de terminer l'analyse relative à l'al. 2b) concerne la pertinence d'autres dispositions de la *Charte* et de certaines conventions internationales auxquelles le Canada est partie dans l'interprétation de la protection accordée par la garantie de la liberté d'expression. On a soutenu à l'appui de l'exclusion de la propagande haineuse de la protection de l'al. 2b) que l'application des art. 15 et 27 de la *Charte*—concernant respectivement l'égalité et le multiculturalisme—et l'adhésion du Canada à certaines conventions internationales exigeant la prohibition des déclarations racistes entraînent l'incompatibilité du par. 319(2) avec même une définition large et libérale de la liberté d'expression (voir, par exemple, I. Cotler, «Hate Literature», dans R. S. Abella et M. L. Rothman, éd., *Justice Beyond Orwell* (1985), 117, aux pp. 121 et 122). Cet argument consiste en somme à dire que ces aides à l'interprétation ont pour effet de lier inextricablement à chaque garantie constitutionnelle des valeurs favorisant l'égalité dans la participation sociale ainsi que la sécurité et la dignité de tous. On prétend par conséquent que la portée de l'al. 2b) doit être limitée pour ne pas s'appliquer aux communications qui minent sérieusement l'égalité, la sécurité et la dignité d'autrui.

Comme je ferai une étude approfondie de l'effet de différentes dispositions de la *Charte* et de diverses conventions internationales quand j'examinerai si le par. 319(2) constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier, je m'en tiens ici à

that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal*, *supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(b)—one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(b) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1.

I thus conclude on the issue of s. 2(b) by finding that s. 319(2) of the *Criminal Code* constitutes an infringement of the *Charter* guarantee of freedom of expression, and turn to examine whether such an infringement is justifiable under s. 1 as a reasonable limit in a free and democratic society.

VII. Section 1 Analysis of Section 319(2)

A. *General Approach to Section 1*

Though the language of s. 1 appears earlier in these reasons, it is appropriate to repeat its words:

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

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court offered a course of analysis to be employed in determining whether a limit on a right or freedom

quelques brèves observations. Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à soupeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2b)—on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayent cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2b) pour le motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier.

Donc, pour terminer sur la question de l'al. 2b), je conclus que le par. 319(2) du *Code criminel* est une atteinte à la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Je passe maintenant à la question de savoir si une telle atteinte est justifiable en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier.

g VII. L'analyse du par. 319(2) en vertu de l'article premier

A. *La façon générale d'aborder l'article premier*

h Quoique le texte de l'article premier ait été reproduit précédemment dans les présents motifs, je le cite de nouveau ici:

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

j Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour propose une méthode d'analyse pour déterminer si la justification d'une limite imposée

can be demonstrably justified in a free and democratic society. Under the approach in *Oakes*, it must first be established that impugned state action has an objective of pressing and substantial concern in a free and democratic society. Only such an objective is of sufficient stature to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom (p. 138). The second feature of the *Oakes* test involves assessing the proportionality between the objective and the impugned measure. The inquiry as to proportionality attempts to guide the balancing of individual and group interests protected in s. 1, and in *Oakes* was broken down into the following three segments (at p. 139):

First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question. . . . Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance". [Emphasis in original.]

The analytical framework of *Oakes* has been continually reaffirmed by this Court, yet it is dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision, offering nothing more than a last chance for the state to justify incursions into the realm of fundamental rights. From a crudely practical standpoint, *Charter* litigants sometimes may perceive s. 1 in this manner, but in the body of our nation's constitutional law it plays an immeasurably richer role, one of great magnitude and sophistication. Before examining the specific components of the *Oakes* approach as they relate to this appeal, I therefore wish to comment more generally upon the role of s. 1.

In the words of s. 1 are brought together the fundamental values and aspirations of Canadian

à un droit ou à une liberté peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Suivant la méthode de l'arrêt *Oakes*, il faut établir d'abord qu'un acte contesté commis par l'État vise un objectif qui traduit une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. C'est le seul genre d'objectif qui soit suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution (p. 138). Le second volet du critère de l'arrêt *Oakes* consiste à mesurer la proportionnalité entre l'objectif et la mesure contestée. Cet examen de la proportionnalité vise à orienter le processus par lequel sont soupesés les intérêts individuels et collectifs protégés par l'article premier et, dans l'arrêt *Oakes*, il a été divisé en trois étapes (à la p. 139):

Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question [. . .] Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important». [Souligné dans l'original.]

Notre Cour a maintes fois confirmé le cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*, et pourtant on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n'offrant rien d'autre qu'une dernière chance à l'État de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux. D'un point de vue purement pratique, les plaideurs qui invoquent la *Charte* peuvent parfois percevoir ainsi l'article premier mais, dans le droit constitutionnel de notre nation, cet article joue un rôle infiniment plus riche, un rôle de grande envergure et d'extrême raffinement. Je veux donc faire des observations plus générales sur le rôle de l'article premier avant d'examiner individuellement les éléments de la méthode de l'arrêt *Oakes* dans le contexte du présent pourvoi.

Dans le texte de l'article premier se trouvent réunies les valeurs et les aspirations fondamentales

society. As this Court has said before, the premier article of the *Charter* has a dual function, operating both to activate *Charter* rights and freedoms and to permit such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them (*Oakes*, at pp. 133-34). What seems to me to be of significance in this dual function is the commonality that links the guarantee of rights and freedoms to their limitation. This commonality lies in the phrase "free and democratic society". As was stated by the majority in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1056:

The underlying values of a free and democratic society both guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

Obviously, a practical application of s. 1 requires more than an incantation of the words "free and democratic society". These words require some definition, an elucidation as to the values that they invoke. To a large extent, a free and democratic society embraces the very values and principles which Canadians have sought to protect and further by entrenching specific rights and freedoms in the Constitution, although the balancing exercise in s. 1 is not restricted to values expressly set out in the *Charter* (*Slaight*, *supra*, at p. 1056). With this guideline in mind, in *Oakes* I commented upon some of the ideals that inform our understanding of a free and democratic society, saying (at p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

de la société canadienne. Comme l'a déjà dit notre Cour, l'article premier de la *Charte* a la double fonction de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer (*Oakes*, aux pp. 133 et 134). Ce qui me semble important dans ce double rôle, c'est le fonds commun de la garantie des droits et libertés et des restrictions apportées. Ce fonds commun se dégage de l'expression «société libre et démocratique». Comme l'a dit la majorité dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1056:

Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et, lorsque cela est indiqué, justifient la restriction de ces droits.

Évidemment, l'application pratique de l'article premier nécessite davantage que l'articulation des mots «société libre et démocratique». Il faut les définir et élucider les valeurs qu'ils renferment. Dans une large mesure, une société libre et démocratique embrasse les valeurs et les principes mêmes que les Canadiens ont cherché à protéger et à promouvoir par la constitutionnalisation de droits et de libertés, quoique l'évaluation faite en vertu de l'article premier ne se borne pas aux valeurs expressément énoncées dans la *Charte* (*Slaight*, précité, à la p. 1056). J'avais cette ligne directrice présente à l'esprit en faisant des observations, dans l'arrêt *Oakes*, sur certains idéaux inhérents à notre conception d'une société libre et démocratique (à la p. 136):

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Undoubtedly these values and principles are numerous, covering the guarantees enumerated in the *Charter* and more. Equally, they may well deserve different emphases, and certainly will assume varying degrees of importance depending upon the circumstances of a particular case.

It is important not to lose sight of factual circumstances in undertaking a s. 1 analysis, for these shape a court's view of both the right or freedom at stake and the limit proposed by the state; neither can be surveyed in the abstract. As Wilson J. said in *Edmonton Journal*, *supra*, referring to what she termed the "contextual approach" to *Charter* interpretation (at pp. 1355-56):

... a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

Though Wilson J. was speaking with reference to the task of balancing enumerated rights and freedoms, I see no reason why her view should not apply to all values associated with a free and democratic society. Clearly, the proper judicial perspective under s. 1 must be derived from an awareness of the synergetic relation between two elements: the values underlying the *Charter* and the circumstances of the particular case.

From the discussion so far, I hope it is clear that a rigid or formalistic approach to the application of s. 1 must be avoided. The ability to use s. 1 as a gauge which is sensitive to the values and circumstances particular to an appeal has been identified as vital in past cases, and La Forest J. admirably described the essence of this flexible approach in

Sans doute ces valeurs et principes sont-ils nombreux, englobant les garanties énumérées dans la *Charte* et plus encore. De même, il se peut qu'ils ne méritent pas tous le même poids et ils varieront certainement en importance selon les circonstances d'une affaire donnée.

Il est important de ne pas perdre de vue les circonstances factuelles quand on entreprend l'analyse fondée sur l'article premier, car elles modèlent l'opinion que se fait un tribunal tant du droit ou de la liberté en cause que de la restriction proposée par l'État; ni l'un ni l'autre ne peuvent être examinés dans l'abstrait. Comme le dit le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, en parlant de ce qu'elle appelle la «méthode contextuelle» d'interprétation de la *Charte*, aux pp. 1355 et 1356:

... une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

Bien que le juge Wilson fasse allusion à la tâche d'appréciation des droits et libertés énumérés, je ne vois aucune raison pour ne pas appliquer son point de vue à l'ensemble des valeurs rattachées à une société libre et démocratique. De toute évidence, la perspective judiciaire à adopter aux fins de l'article premier doit procéder d'une appréciation du rapport synergique entre deux éléments: les valeurs sous-tendant la *Charte* et les circonstances de l'instance particulière.

J'ose espérer qu'il ressort clairement de l'analyse qui précède que la rigidité et le formalisme sont à éviter dans l'application de l'article premier. La possibilité d'utiliser l'article premier comme une jauge s'adaptant aux valeurs et circonstances propres à un appel a été reconnue comme primordiale dans la jurisprudence, et le juge La Forest décrit

United States of America v. Cotroni, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1489-90:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

See also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, per La Forest J., at p. 300; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, per Dickson C.J., at pp. 768-69; and *Irwin Toy*, *supra*, per the majority, at pp. 989-90. The sentiments of La Forest J. correctly suggest that the application of the *Oakes* approach will vary depending on the circumstances of the case, including the nature of the interests at stake.

B. *The Use of American Constitutional Jurisprudence*

Having discussed the unique and unifying role of s. 1, I think it appropriate to address a tangential matter, yet one nonetheless crucial to the disposition of this appeal: the relationship between Canadian and American approaches to the constitutional protection of free expression, most notably in the realm of hate propaganda. Those who attack the constitutionality of s. 319(2) draw heavily on the tenor of First Amendment jurisprudence in weighing the competing freedoms and interests in this appeal, a reliance which is understandable given the prevalent opinion that the criminalization of hate propaganda violates the Bill of Rights (see, e.g., L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 861, n. 2; K. Greenawalt, "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287, at p. 304). In response to the emphasis placed upon this jurisprudence, I find it helpful to summarize the American position and to determine the extent to which it should influence the s. 1 analysis in the circumstances of this appeal.

admirablement cette méthode souple dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490:

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

Voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge La Forest, à la p. 300; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, aux pp. 768 et 769; et *Irwin Toy*, précité, motifs de la majorité, aux pp. 989 et 990. Le juge La Forest indique avec raison que l'application de la méthode de l'arrêt *Oakes* variera en fonction des circonstances de l'instance, notamment la nature des intérêts en jeu.

B. *Le recours à la jurisprudence constitutionnelle américaine*

Ayant traité du rôle unique et unificateur de l'article premier, je crois qu'il convient d'aborder un aspect subsidiaire, qui est néanmoins crucial pour trancher le présent pourvoi: il s'agit du rapport entre les positions canadienne et américaine à l'égard de la protection constitutionnelle de la liberté d'expression, surtout dans le domaine de la propagande haineuse. Ceux qui attaquent la constitutionnalité du par. 319(2) s'appuient fortement sur la jurisprudence relative au Premier amendement en soupesant les libertés et les intérêts qui s'opposent dans le présent pourvoi, ce qui est compréhensible puisque l'opinion courante est que la criminalisation de la propagande haineuse viole le Bill of Rights (voir par exemple, L. H. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), à la p. 861, note 2; K. Greenawalt, «Insults and Epithets: Are They Protected Speech?» (1990), 42 *Rutgers L. Rev.* 287, à la p. 304). En réponse à l'importance qu'on attache à cette doctrine et jurisprudence, je crois qu'il est utile de résumer la position américaine et de déterminer dans quelle mesure elle devrait influencer sur l'analyse fondée sur l'article premier dans les circonstances du présent pourvoi.

A myriad of sources—both judicial and academic—offer reviews of First Amendment jurisprudence as it pertains to hate propaganda. Central to most discussions is the 1952 case of *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, where the Supreme Court of the United States upheld as constitutional a criminal statute forbidding certain types of group defamation. Though never overruled, *Beauharnais* appears to have been weakened by later pronouncements of the Supreme Court (see, e.g., *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); and *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). The trend reflected in many of these pronouncements is to protect offensive, public invective as long as the speaker has not knowingly lied and there exists no clear and present danger of violence or insurrection.

In the wake of subsequent developments in the Supreme Court, on several occasions *Beauharnais* has been distinguished and doubted by lower courts (see, e.g., *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (D.C. Cir. 1968), at p. 174, n. 5; *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (8th Cir. 1973), at p. 1094, n. 14; *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), at pp. 331-32; and *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989), at p. 863). Of the judgments expressing a shaken faith in *Beauharnais*, *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *certiorari* denied, 439 U.S. 916 (1978), is of greatest relevance to this appeal. In *Collin*, the Court of Appeal for the Seventh Circuit invalidated a municipal ordinance prohibiting public demonstrations inciting "violence, hatred, abuse or hostility toward a person or group of persons by reason of reference to religious, racial, ethnic, national or regional affiliation" (p. 1199), and thereby allowed members of the American Nazi Party to march through Skokie, Illinois, home to a large number of Jewish Holocaust survivors (despite the ruling, however, no march was held in Skokie; I. Horowitz, "First

Une myriade de sources, tant jurisprudentielles que doctrinales, font la revue des décisions concernant le Premier amendement et la propagande haineuse. Au cœur de la plupart des analyses se trouve l'arrêt de 1952, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, dans lequel la Cour suprême des États-Unis a déclaré constitutionnelle une loi pénale interdisant certains types de diffamation de groupes. Quoiqu'il n'ait jamais été renversé, l'arrêt *Beauharnais* paraît avoir été affaibli par des arrêts postérieurs de la Cour suprême (voir, par exemple, *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964); *Ashton v. Kentucky*, 384 U.S. 195 (1966); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969); et *Cohen v. California*, 403 U.S. 15 (1971)). Il se dégage d'une bonne partie de cette jurisprudence une tendance vers la protection de l'invective publique et offensante, pourvu que son auteur n'ait pas sciemment menti et qu'il n'existe aucun danger clair et actuel de violence ou d'insurrection.

Compte tenu des déclarations subséquentes de la Cour suprême, des tribunaux inférieurs ont en plusieurs occasions fait des distinctions avec l'arrêt *Beauharnais* et l'ont mis en doute (voir, par exemple, *Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission*, 403 F.2d 169 (D.C. Cir. 1968), à la p. 174, note 5; *Tollett v. United States*, 485 F.2d 1087 (8th Cir. 1973), à la p. 1094, note 14; *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), aux pp. 331 et 332; et *Doe v. University of Michigan*, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich. 1989), à la p. 863). Parmi les jugements exprimant une confiance ébranlée dans l'arrêt *Beauharnais*, l'arrêt *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), *certiorari* refusé, 439 U.S. 916 (1978), est le plus pertinent aux fins du présent pourvoi. Dans l'arrêt *Collin*, la Cour d'appel du Septième circuit a invalidé une ordonnance municipale interdisant les manifestations publiques qui incitent [TRADUCTION] «à la violence, à la haine, aux injures ou à l'hostilité envers une personne ou un groupe en évoquant leur affiliation religieuse, raciale, ethnique, nationale ou régionale» (p. 1199); la cour permettait ainsi à des membres du parti nazi américain de défilé dans Skokie (Illinois), où habitaient un grand

Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*”, [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535, at p. 540).

The question that concerns us in this appeal is not, of course, what the law is or should be in the United States. But it is important to be explicit as to the reasons why or why not American experience may be useful in the s. 1 analysis of s. 319(2) of the *Criminal Code*. In the United States, a collection of fundamental rights has been constitutionally protected for over two hundred years. The resulting practical and theoretical experience is immense, and should not be overlooked by Canadian courts. On the other hand, we must examine American constitutional law with a critical eye, and in this respect La Forest J. has noted in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 639:

While it is natural and even desirable for Canadian courts to refer to American constitutional jurisprudence in seeking to elucidate the meaning of *Charter* guarantees that have counterparts in the United States Constitution, they should be wary of drawing too ready a parallel between constitutions born to different countries in different ages and in very different circumstances

Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada’s constitutional vision depart from that endorsed in the United States.

Having examined the American cases relevant to First Amendment jurisprudence and legislation criminalizing hate propaganda, I would be adverse to following too closely the line of argument that would overrule *Beauharnais* on the ground that incursions placed upon free expression are only justified where there is a clear and present danger of imminent breach of peace. Equally, I am unwill-

nombre de survivants de l’Holocauste juif (malgré cette décision, il n’y a cependant pas eu de défilé à Skokie; I. Horowitz, «First Amendment Blues: On Downs, *Nazis in Skokie*», [1986] *Am. B. Found. Res. J.* 535, à la p. 540).

La question qui nous préoccupe en l’espèce, évidemment, n’est pas celle de savoir quelle est ou devrait être la règle de droit aux États-Unis. Il est important cependant de préciser les raisons pour lesquelles l’expérience américaine peut être ou non utile dans l’analyse du par. 319(2) du *Code criminel* en vertu de l’article premier. Aux États-Unis, un ensemble de droits fondamentaux bénéficie d’une protection constitutionnelle depuis plus de deux cents ans. Il en résulte donc une immense expérience pratique et théorique dont les tribunaux canadiens ne devraient pas faire abstraction. Par ailleurs, nous devons examiner le droit constitutionnel américain d’un œil critique et, à cet égard, le juge La Forest souligne dans l’arrêt *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 639:

Bien qu’il soit naturel et même souhaitable que les tribunaux canadiens renvoient à la jurisprudence constitutionnelle américaine pour chercher à dégager le sens des garanties prévues par la *Charte* qui ont leurs équivalents dans la Constitution des États-Unis, ils devraient prendre soin de ne pas établir trop rapidement un parallèle entre des constitutions établies dans des pays différents à des époques différentes et dans des circonstances très différentes . . .

Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n’ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l’expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s’écarte de la vision américaine.

Ayant examiné la jurisprudence américaine relative au Premier amendement et aux textes législatifs criminalisant la propagande haineuse, je ne suis pas disposé à retenir sans réserve l’argument selon lequel l’arrêt *Beauharnais* devrait être renversé pour le motif que les restrictions imposées à la liberté d’expression ne se justifient que dans le cas d’un danger clair et actuel d’atteinte immi-

ing to embrace various categorizations and guiding rules generated by American law without careful consideration of their appropriateness to Canadian constitutional theory. Though I have found the American experience tremendously helpful in coming to my own conclusions regarding this appeal, and by no means reject the whole of the First Amendment doctrine, in a number of respects I am thus dubious as to the applicability of this doctrine in the context of a challenge to hate propaganda legislation.

First, it is not entirely clear that *Beauharnais* must conflict with existing First Amendment doctrine. Credible arguments have been made that later Supreme Court cases do not necessarily erode its legitimacy (see, e.g., K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11). Indeed, there exists a growing body of academic writing in the United States which evinces a stronger focus upon the way in which hate propaganda can undermine the very values which free speech is said to protect. This body of writing is receptive to the idea that, were the issue addressed from this new perspective, First Amendment doctrine might be able to accommodate statutes prohibiting hate propaganda (see, e.g., R. Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133; I. Horowitz and V. Bramson, "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328; Lasson, *op. cit.*, at pp. 20-30; M. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, at p. 2348; "*Doe v. University of Michigan: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech*" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397).

Second, the aspect of First Amendment doctrine most incompatible with s. 319(2), at least as that doctrine is described by those who would strike down the legislation, is its strong aversion to con-

nente à la paix. J'hésite également à adopter, sans examiner minutieusement si elles conviennent à la théorie constitutionnelle canadienne, différentes classifications et règles directrices provenant du droit américain. Bien que l'expérience américaine m'ait énormément aidé à tirer mes propres conclusions concernant le présent pourvoi, et bien que je sois loin de rejeter intégralement la théorie de l'interprétation du Premier amendement, je doute néanmoins à plusieurs égards de l'applicabilité de cette théorie dans le contexte de la contestation d'une loi relative à la propagande haineuse.

En premier lieu, il n'est pas entièrement sûr que l'arrêt *Beauharnais* soit incompatible avec la théorie actuelle de l'interprétation du Premier amendement. On a soutenu plausiblement en effet que les arrêts postérieurs de la Cour suprême n'en diminuent pas nécessairement la légitimité (voir, par exemple, K. Lasson, "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 *Colum. Hum. Rts. L. Rev.* 11). De fait, il existe aux États-Unis une doctrine croissante qui insiste davantage sur la façon dont la propagande haineuse peut miner les valeurs mêmes qu'on dit protégées par la liberté d'expression. Cette doctrine accueille l'idée suivant laquelle, si la question était abordée dans cette perspective nouvelle, la théorie de l'interprétation du Premier amendement pourrait admettre des lois interdisant la propagande haineuse (voir, par exemple, R. Delgado, "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 *Harv. C.R.-C.L. L. Rev.* 133; I. Horowitz et V. Bramson, "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 *Law & Contemp. Probs.* 328; Lasson, *loc. cit.*, aux pp. 20 à 30; M. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 *Mich. L. Rev.* 2320, à la p. 2348; "*Doe v. University of Michigan: First Amendment—Racist and Sexist Expression on Campus—Court Strikes Down University Limits on Hate Speech*" (1990), 103 *Harv. L. Rev.* 1397).

En deuxième lieu, l'aspect de la théorie de l'interprétation du Premier amendement le plus incompatible avec le par. 319(2), du moins selon la présentation de cette théorie par les tenants de son

tent-based regulation of expression. I am somewhat skeptical, however, as to whether this view of free speech in the United States is entirely accurate. Rather, in rejecting the extreme position that would provide an absolute guarantee of free speech in the Bill of Rights, the Supreme Court has developed a number of tests and theories by which protected speech can be identified and the legitimacy of government regulation assessed. Often required is a content-based categorization of the expression under examination. As an example, obscenity is not protected because of its content (see, e.g., *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)) and laws proscribing child pornography have been scrutinized under a less than strict First Amendment standard even where they extend to expression beyond the realm of the obscene (see *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)). Similarly, the vigorous protection of free speech relaxes significantly when commercial expression is scrutinized (see, e.g., *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)), and it is permissible to restrict government employees in their exercise of the right to engage in political activity (*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985)).

In short, a decision to place expressive activity in a category which either merits reduced protection or falls entirely outside of the First Amendment's ambit at least impliedly involves assessing the content of the activity in light of free speech values. As Professor F. Schauer has said, it is always necessary to examine the First Amendment value of the expression limited by state regulation ("The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562, at p. 568). To recognize that content is often examined under the First Amendment is not to deny that content neutrality plays a real and important role in the American jurisprudence. Nonetheless, that the proscription against looking at the content of expression is not absolute, and that balancing is occasionally employed in First Amendment cases (see Professor T. A. Aleinikoff, "Constitutional

invalidation, est la profonde aversion qu'elle traduit pour la réglementation de l'expression en fonction de son contenu. Je doute toutefois quelque peu que cette vision de la liberté d'expression aux États-Unis corresponde parfaitement à la réalité. En rejetant la position extrême qui voit dans le Bill of Rights une garantie absolue de la liberté d'expression, la Cour suprême a élaboré plusieurs critères et théories permettant d'identifier l'expression protégée et d'apprécier la légitimité de la réglementation gouvernementale. On exige souvent une catégorisation de l'expression en cause selon son contenu. Par exemple, l'obscénité n'est pas protégée justement en raison de son contenu (voir, par exemple, *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957)) et l'examen des lois proscrivant l'exploitation pornographique de l'enfant s'est fait selon une interprétation moins stricte du Premier amendement, même lorsqu'elles visaient une expression qui sortait du domaine de l'obscène (voir *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982)). De même, la liberté d'expression est nettement moins vigoureusement protégée quand l'expression commerciale est en cause (voir, par exemple, *Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico*, 478 U.S. 328 (1986)), et il est permis de restreindre les fonctionnaires publics dans l'exercice du droit de se livrer à des activités politiques (*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985)).

Bref, la décision de placer une activité expressive dans une catégorie qui, soit mérite une protection réduite, soit échappe entièrement à la portée du Premier amendement, comporte, implicitement au moins, l'appréciation du contenu de l'activité en question à la lumière des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Comme le dit le professeur F. Schauer, il est toujours nécessaire d'examiner la valeur, au regard du Premier amendement, de l'expression restreinte par une réglementation de l'État («The Aim and the Target in Free Speech Methodology» (1989), 83 *Nw. U.L. Rev.* 562, à la p. 568). Reconnaître que le contenu est souvent soumis à un examen en vertu du Premier amendement ne revient pas à nier que la neutralité du contenu joue un rôle réel et important dans la jurisprudence américaine. Néanmoins, le fait qu'il ne soit pas absolument défendu de tenir compte du

Law in the Age of Balancing” (1987), 96 *Yale L.J.* 943, at pp. 966-68), reveals that even in the United States it is sometimes thought justifiable to restrict a particular message because of its meaning.

Third, applying the *Charter* to the legislation challenged in this appeal reveals important differences between Canadian and American constitutional perspectives. I have already discussed in some detail the special role of s. 1 in determining the protective scope of *Charter* rights and freedoms. Section 1 has no equivalent in the United States, a fact previously alluded to by this Court in selectively utilizing American constitutional jurisprudence (see, e.g., *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J., at p. 498). Of course, American experience should never be rejected simply because the *Charter* contains a balancing provision, for it is well known that American courts have fashioned compromises between conflicting interests despite what appears to be the absolute guarantee of constitutional rights. Where s. 1 operates to accentuate a uniquely Canadian vision of a free and democratic society, however, we must not hesitate to depart from the path taken in the United States. Far from requiring a less solicitous protection of *Charter* rights and freedoms, such independence of vision protects these rights and freedoms in a different way. As will be seen below, in my view the international commitment to eradicate hate propaganda and, most importantly, the special role given equality and multiculturalism in the Canadian Constitution necessitate a departure from the view, reasonably prevalent in America at present, that the suppression of hate propaganda is incompatible with the guarantee of free expression. (In support of this view, see the comments of Professors K. Mahoney and J. Cameron in “Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation” (1988-89), 37

contenu de l’expression et que, dans les affaires relevant du Premier amendement, les tribunaux soupèsent à l’occasion les différents intérêts en cause (voir professeur T. A. Aleinikoff, «Constitutional Law in the Age of Balancing» (1987), 96 *Yale L.J.* 943, aux pp. 966 à 968), indique que, même aux États-Unis, la restriction d’un message particulier en raison de sa signification est parfois considérée justifiable.

En troisième lieu, l’application de la *Charte* à la disposition législative contestée en l’espèce fait ressortir d’importantes différences entre les perspectives constitutionnelles canadienne et américaine. J’ai déjà traité de façon assez détaillée du rôle spécial que joue l’article premier dans la détermination de l’étendue de la protection donnée par les droits et libertés garantis dans la *Charte*. L’article premier n’a pas d’équivalent aux États-Unis, fait qu’a déjà évoqué notre Cour en se servant sélectivement de la jurisprudence constitutionnelle américaine (voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer, à la p. 498). Bien sûr, l’expérience américaine ne devrait jamais être rejetée du simple fait que la *Charte* contient une disposition exigeant l’appréciation des intérêts en jeu, car on sait très bien que les tribunaux américains ont établi des compromis entre des intérêts opposés, en dépit de ce qui paraît être la garantie absolue de droits constitutionnels. Toutefois, dans les cas où l’article premier joue pour mettre en relief une vision proprement canadienne d’une société libre et démocratique, il ne faut pas hésiter à quitter la voie tracée par les États-Unis. Loin de dicter une protection moins empressée des droits et libertés garantis par la *Charte*, cette vision indépendante les protège d’une manière différente. Comme je l’indique ci-après, l’engagement international envers l’élimination de la propagande haineuse et, plus important encore, le rôle particulier donné à l’égalité et au multiculturalisme dans la constitution canadienne exige que l’on s’écarte du point de vue assez prédominant aujourd’hui en Amérique du Nord, selon lequel la suppression de la propagande haineuse est incompatible avec la garantie de liberté d’expression. (À l’appui de ce point de vue, voir les commentaires des professeurs K. Mahoney et J. Cameron dans «Language as Vio-

Buffalo L. Rev. 337, beginning at pp. 344 and 353 respectively).

In sum, there is much to be learned from First Amendment jurisprudence with regard to freedom of expression and hate propaganda. It would be rash, however, to see First Amendment doctrine as demanding the striking down of s. 319(2). Not only are the precedents somewhat mixed, but the relaxation of the prohibition against content-based regulation of expression in certain areas indicates that American courts are not loath to permit the suppression of ideas in some circumstances. Most importantly, the nature of the s. 1 test as applied in the context of a challenge to s. 319(2) may well demand a perspective particular to Canadian constitutional jurisprudence when weighing competing interests. If values fundamental to the Canadian conception of a free and democratic society suggest an approach that denies hate propaganda the highest degree of constitutional protection, it is this approach which must be employed.

C. *Objective of Section 319(2)*

I now turn to the specific requirements of the *Oakes* approach in deciding whether the infringement of s. 2(b) occasioned by s. 319(2) is justifiable in a free and democratic society. According to *Oakes*, the first aspect of the s. 1 analysis is to examine the objective of the impugned legislation. Only if the objective relates to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society can the legislative limit on a right or freedom hope to be permissible under the *Charter*. In examining the objective of s. 319(2), I will begin by discussing the harm caused by hate propaganda as identified by the Cohen Committee and subsequent study groups, and then review in turn the impact upon this objective of international human rights instruments and ss. 15 and 27 of the *Charter*.

lence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation» (1988-89), 37 *Buffalo L. Rev.* 337, aux pp. 344 et 353 respectivement).

^a En somme, la jurisprudence relative au Premier amendement peut nous enseigner beaucoup sur la liberté d'expression et la propagande haineuse. Il serait toutefois imprudent de conclure que la théorie de l'interprétation du Premier amendement exige l'invalidation du par. 319(2). Non seulement les précédents manquent d'uniformité, mais l'assouplissement de la proscription de la réglementation de l'expression selon son contenu, dans certains domaines, indique que les tribunaux américains n'hésitent pas à permettre la suppression des idées dans certaines circonstances. Mais ce qui est le plus important, c'est que la nature du test de l'article premier, quand il est appliqué à la contestation du par. 319(2), exige peut-être une perspective propre à la jurisprudence constitutionnelle canadienne pour l'évaluation des intérêts en présence. Si les valeurs fondamentales soutenant la conception canadienne d'une société libre et démocratique suggèrent une approche qui refuse à la propagande haineuse le plus haut degré de protection constitutionnelle, c'est cette approche que nous devons adopter.

^f C. *L'objet du par. 319(2)*

Afin de décider si la violation de l'al. 2b) résultant du par. 319(2) est justifiable dans une société libre et démocratique, je passe maintenant aux exigences précises de la méthode de l'arrêt *Oakes*. Suivant l'arrêt *Oakes*, la première étape de l'analyse fondée sur l'article premier est d'examiner l'objet du texte législatif attaqué. Ce n'est que si cet objet se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique que la restriction imposée par le législateur à un droit ou à une liberté a quelque possibilité d'être permise en vertu de la *Charte*. En examinant l'objet du par. 319(2), je commencerai par traiter du préjudice causé par la propagande haineuse d'après le comité Cohen et des groupes d'étude ultérieurs, et j'étudierai ensuite l'incidence des documents internationaux en matière de droits de la personne et des art. 15 et 27 de la *Charte*, sur cet objectif.

(i) Harm Caused by Expression Promoting the Hatred of Identifiable Groups

Looking to the legislation challenged in this appeal, one must ask whether the amount of hate propaganda in Canada causes sufficient harm to justify legislative intervention of some type. The Cohen Committee, speaking in 1965, found that the incidence of hate propaganda in Canada was not insignificant (at p. 24):

... there exists in Canada a small number of persons and a somewhat larger number of organizations, extremist in outlook and dedicated to the preaching and spreading of hatred and contempt against certain identifiable minority groups in Canada. It is easy to conclude that because the number of persons and organizations is not very large, they should not be taken too seriously. The Committee is of the opinion that this line of analysis is no longer tenable after what is known to have been the result of hate propaganda in other countries, particularly in the 1930's when such material and ideas played a significant role in the creation of a climate of malice, destructive to the central values of Judaic-Christian society, the values of our civilization. The Committee believes, therefore, that the actual and potential danger caused by present hate activities in Canada cannot be measured by statistics alone.

Even the statistics, however, are not unimpressive, because while activities have centered heavily in Ontario, they nevertheless have extended from Nova Scotia to British Columbia and minority groups in at least eight Provinces have been subjected to these vicious attacks.

In 1984, the House of Commons Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society in its report, entitled *Equality Now!*, observed that increased immigration and periods of economic difficulty "have produced an atmosphere that may be ripe for racially motivated incidents" (p. 69). With regard to the dissemination of hate propaganda, the Special Committee found that the prevalence and scope of such material had risen since the Cohen Committee made its report, stating (at p. 69):

There has been a recent upsurge in hate propaganda. It has been found in virtually every part of Canada. Not only is it anti-semitic and anti-black, as in the 1960s, but it is also now anti-Roman Catholic, anti-East Indian, anti-aboriginal people and anti-French. Some of

(i) Le préjudice causé par l'expression fomentant la haine contre des groupes identifiables

En ce qui concerne la disposition législative contestée en l'espèce, on doit se demander si la quantité de propagande haineuse au Canada occasionne un préjudice suffisant pour justifier une intervention quelconque de la part du législateur. Le comité Cohen a conclu en 1965 que le volume de propagande haineuse au Canada n'était pas négligeable (à la p. 25):

... il existe au Canada un petit nombre d'individus et un nombre un peu plus considérable d'organismes aux opinions extrêmes, voués à l'enseignement et à la propagation au Canada de la haine et du mépris envers certains groupes minoritaires identifiables. Il est facile de conclure que puisque le nombre d'individus et d'organismes n'est pas très considérable, il ne faut pas les prendre trop au sérieux. Le Comité estime que cette opinion n'est plus soutenable, car on connaît les résultats de la propagande haineuse dans d'autres pays, surtout dans les années trente, alors que propagandes et idéologies ont puissamment contribué à créer une atmosphère venimeuse, funeste aux valeurs essentielles de la société judéo-chrétienne, celles de notre civilisation même. Le Comité croit donc que le danger actuel et potentiel de la propagande de haine au Canada ne peut se mesurer uniquement selon des normes quantitatives.

Cependant, les données quantitatives ne sont pas à négliger, car si la propagande de haine s'est manifestée principalement en Ontario, elle s'est étendue de la Nouvelle-Écosse à la Colombie-Britannique et des groupes minoritaires dans huit provinces au moins ont été soumis à ces attaques acharnées.

En 1984, le Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne a fait observer dans son rapport intitulé *L'égalité ça presse!* que l'accroissement de l'immigration et les périodes de difficultés économiques ont «créé une atmosphère propice aux incidents raciaux» (p. 75). Au sujet de la diffusion de la propagande haineuse, le comité spécial a constaté que, depuis le rapport du comité Cohen, la diffusion et la portée de ce genre d'écrits avaient augmenté (à la p. 75):

Simultanément, la propagande haineuse est revenue à la charge dans pratiquement toutes les régions du Canada. Aujourd'hui, elle n'est plus uniquement anti-sémite et anti-Noirs, comme dans les années 60, mais elle est également anti-Indiens, anti-autochtones et anti-

this material is imported from the United States but much of it is produced in Canada. Most worrisome of all is that in recent years Canada has become a major source of supply of hate propaganda that finds its way to Europe, and especially to West Germany.

As the quotations above indicate, the presence of hate propaganda in Canada is sufficiently substantial to warrant concern. Disquiet caused by the existence of such material is not simply the product of its offensiveness, however, but stems from the very real harm which it causes. Essentially, there are two sorts of injury caused by hate propaganda. First, there is harm done to members of the target group. It is indisputable that the emotional damage caused by words may be of grave psychological and social consequence. In the context of sexual harassment, for example, this Court has found that words can in themselves constitute harassment (*Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252). In a similar manner, words and writings that wilfully promote hatred can constitute a serious attack on persons belonging to a racial or religious group, and in this regard the Cohen Committee noted that these persons are humiliated and degraded (p. 214).

In my opinion, a response of humiliation and degradation from an individual targeted by hate propaganda is to be expected. A person's sense of human dignity and belonging to the community at large is closely linked to the concern and respect accorded the groups to which he or she belongs (see I. Berlin, "Two Concepts of Liberty", in *Four Essays on Liberty* (1969), 118, at p. 155). The derision, hostility and abuse encouraged by hate propaganda therefore have a severely negative impact on the individual's sense of self-worth and acceptance. This impact may cause target group members to take drastic measures in reaction, perhaps avoiding activities which bring them into contact with non-group members or adopting attitudes and postures directed towards blending in with the majority. Such consequences bear heavily in a nation that prides itself on tolerance and the

francophones. Certains documents proviennent encore des États-Unis, mais la plupart sont issus du Canada même. Le plus inquiétant, c'est qu'au cours des dernières années, le Canada est devenu l'une des principales sources de propagande haineuse qui est diffusée jusqu'en Europe, et plus particulièrement en Allemagne de l'Ouest.

Comme le révèlent les extraits précités, la présence de la propagande haineuse au Canada est suffisamment importante pour justifier l'inquiétude. Les préoccupations suscitées par l'existence de tels écrits ne tient toutefois pas simplement à leur caractère offensant, mais découle du préjudice très réel qu'ils causent. Il existe essentiellement deux sortes de préjudices résultant de la propagande haineuse. D'abord, le préjudice infligé aux membres du groupe cible. Incontestablement, le préjudice émotionnel occasionné par des paroles peut avoir de graves conséquences psychologiques et sociales. Dans le contexte du harcèlement sexuel, par exemple, notre Cour a conclu que les paroles peuvent en elles-mêmes constituer du harcèlement (*Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252). D'une manière analogue, des paroles et des écrits incitant volontairement à la haine peuvent représenter une attaque grave contre des personnes appartenant à un groupe racial ou religieux, et le comité Cohen souligne à ce propos que ces personnes s'en trouvent humiliées et avilies (p. 220).

À mon avis, il est normal qu'un individu visé par une propagande haineuse se sente humilié et avili. En effet, le sentiment de dignité humaine et d'appartenance à l'ensemble de la collectivité est étroitement lié à l'intérêt et au respect témoignés à l'égard des groupes auxquels appartient l'individu (voir I. Berlin, «Deux conceptions de la liberté», dans *Éloge de la liberté* (1988), 167, aux pp. 202 et 203). La dérision, l'hostilité et les injures encouragées par la propagande haineuse ont en conséquence un profond effet négatif sur l'estime de soi et sur le sentiment d'être accepté. Cet effet peut amener les membres du groupe cible à des réactions extrêmes, à éviter peut-être les activités qui les mettent en contact avec des personnes n'appartenant pas à ce groupe ou à adopter des attitudes et des comportements qui leur permettront de se confondre avec la majorité. Ces conséquences sont

fostering of human dignity through, among other things, respect for the many racial, religious and cultural groups in our society.

A second harmful effect of hate propaganda which is of pressing and substantial concern is its influence upon society at large. The Cohen Committee noted that individuals can be persuaded to believe "almost anything" (p. 30) if information or ideas are communicated using the right technique and in the proper circumstances (at p. 8):

... we are less confident in the 20th century that the critical faculties of individuals will be brought to bear on the speech and writing which is directed at them. In the 18th and 19th centuries, there was a widespread belief that man was a rational creature, and that if his mind was trained and liberated from superstition by education, he would always distinguish truth from falsehood, good from evil. So Milton, who said "let truth and falsehood grapple: who ever knew truth put to the worse in a free and open encounter".

We cannot share this faith today in such a simple form. While holding that over the long run, the human mind is repelled by blatant falsehood and seeks the good, it is too often true, in the short run, that emotion displaces reason and individuals perversely reject the demonstrations of truth put before them and forsake the good they know. The successes of modern advertising, the triumphs of impudent propaganda such as Hitler's, have qualified sharply our belief in the rationality of man. We know that under strain and pressure in times of irritation and frustration, the individual is swayed and even swept away by hysterical, emotional appeals. We act irresponsibly if we ignore the way in which emotion can drive reason from the field.

It is thus not inconceivable that the active dissemination of hate propaganda can attract individuals to its cause, and in the process create serious discord between various cultural groups in society. Moreover, the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtly, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's

graves dans une nation dont la fierté est d'être tolérante et de favoriser la dignité humaine, notamment en respectant les nombreux groupes raciaux, religieux et culturels de notre société.

^a Un second effet nocif de la propagande haineuse, qui constitue une préoccupation urgente et réelle, est son influence sur l'ensemble de la société. Le comité Cohen fait remarquer que les gens peuvent être persuadés de «presque n'importe quoi» (p. 29) pour peu qu'on se serve de la bonne technique pour leur communiquer des renseignements ou des idées et qu'on le fasse dans des circonstances propices (à la p. 8):

^c Au XX^e siècle, nous avons quelque peu perdu confiance dans la faculté des hommes d'exercer leur sens critique envers la parole et les écrits. Au XVIII^e et XIX^e siècles, on croyait généralement que l'homme était une créature raisonnable et que si son esprit était formé, et libéré de la superstition par le savoir, il finirait toujours par distinguer la vérité de l'erreur, le bien du mal. Ainsi, Milton a dit: «Laissons la vérité combattre l'erreur: car dans une lutte libre et ouverte, la vérité finit toujours par triompher».

^e De nos jours, nous ne saurions partager une opinion si simple. Même si à la longue, l'esprit humain est rebuté par le mensonge flagrant et aspire au bien, il est trop souvent vrai, dans l'immédiat, que les émotions affectent la raison des gens au point de leur faire rejeter perversement des vérités démontrées et repousser le bien qu'ils connaissent. Le succès de la réclame moderne, le triomphe d'une propagande impudente comme celle d'Hitler ont émoussé sensiblement notre foi en la raison de l'homme. Nous savons que sous la pression et la contrainte des circonstances, des esprits irrités et frustrés peuvent se laisser gagner et même entraîner par un appel hystérique aux émotions. Nous agissons à la légère si nous ne nous méfions pas de l'emprise des émotions sur la raison.

^h Il n'est donc pas inconceivable que la diffusion active de la propagande haineuse puisse gagner des gens à sa cause et, par le fait même, engendrer de graves discordes entre divers groupes culturels de la société. En outre, le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse

mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted (see Matsuda, *op. cit.*, at pp. 2339-40).

The threat to the self-dignity of target group members is thus matched by the possibility that prejudiced messages will gain some credence, with the attendant result of discrimination, and perhaps even violence, against minority groups in Canadian society. With these dangers in mind, the Cohen Committee made clear in its conclusions that the presence of hate propaganda existed as a baleful and pernicious element, and hence a serious problem, in Canada (at p. 59):

The amount of hate propaganda presently being disseminated and its measurable effects probably are not sufficient to justify a description of the problem as one of crisis or near crisis proportions. Nevertheless the problem is a serious one. We believe that, given a certain set of socio-economic circumstances, such as a deepening of the emotional tensions or the setting in of a severe business recession, public susceptibility might well increase significantly. Moreover, the potential psychological and social damage of hate propaganda, both to a desensitized majority and to sensitive minority target groups, is incalculable. As Mr. Justice Jackson of the United States Supreme Court wrote in *Beauharnais v. Illinois*, such "sinister abuses of our freedom of expression . . . can tear apart a society, brutalize its dominant elements, and persecute even to extermination, its minorities".

As noted previously, in articulating concern about hate propaganda and its contribution to racial and religious tension in Canada, the Cohen Committee recommended that Parliament use the *Criminal Code* in order to prohibit wilful, hate-promoting expression and underline Canada's commitment to end prejudice and intolerance.

The close connection between the recommendations of the Cohen Committee and the hate propaganda amendments to the *Criminal Code* made in 1970 indicates that in enacting s. 319(2) Parliament's purpose was to prevent the harm identified

puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction (voir Matsuda, *loc. cit.*, aux pp. 2339 et 2340).

La menace pour l'estime de soi chez les membres du groupe cible a donc comme pendant la possibilité que les messages exprimant des préjugés trouvent une certaine créance, entraînant ainsi la discrimination et peut-être même la violence contre des groupes minoritaires de la société canadienne. Conscient de ces dangers, le comité Cohen précise dans ses conclusions que la propagande haineuse représente un phénomène funeste et pernicieux au Canada et pose en conséquence un problème grave (à la p. 61):

Le volume et les effets déterminables de la propagande haineuse distribuée à l'heure actuelle sont probablement trop restreints pour qu'on en conclue à une crise ou à une ébauche de crise. Le problème n'en reste pas moins grave. À notre avis, dans une certaine conjoncture économique et sociale—si, par exemple, les tensions émotives s'accroissent ou les affaires tombaient dans un profond marasme—la susceptibilité du public pourrait fort bien s'accroître de façon notable. En outre, on ne saurait évaluer le tort psychologique et social que la propagande haineuse pourrait causer, tant à une majorité rendue insensible qu'aux groupes minoritaires visés et vulnérables. Comme l'a écrit le juge Jackson, de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Beauharnais* contre l'Illinois, «d'aussi pernicieux abus de notre liberté d'expression . . . peuvent déchirer une société, durcir ses éléments dominants et faire persécuter, même jusqu'à l'extermination, ses minorités».

Comme je l'ai déjà indiqué, le comité Cohen, en formulant ses inquiétudes au sujet de la propagande haineuse et de son rôle dans la création de tensions raciales et religieuses au Canada, a recommandé au Parlement de se servir du *Code criminel* pour interdire l'expression fomentant volontairement la haine et pour souligner le ferme engagement du Canada à mettre fin aux préjugés et à l'intolérance.

Le lien étroit entre les recommandations du comité Cohen et les modifications du *Code criminel* concernant la propagande haineuse en 1970 indique que, par l'adoption du par. 319(2), le Parlement visait à prévenir le préjudice qui, selon

by the Committee as being caused by hate-promoting expression. More recent reports have echoed the findings and concerns of the Cohen Committee, lending further support to the substantial nature of the legislative objective. The 1981 *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia* by John D. McAlpine noted evidence of racism and racial violence in British Columbia, and among its conclusions recommended the strengthening of existing remedies, including the criminal offence of the wilful promotion of hatred. The 1984 report of the Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society, investigated, among many topics, legal and justice issues pertaining to and affecting members of visible minority groups in Canada. The Committee suggested a wider ranging prohibition in s. 319(2), most notably by removing reference to the mental element of wilfulness, as a response to the threat to equality and multiculturalism presented by hate propaganda (Recommendations 35-37). Also in 1984, the Canadian Bar Association's *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* found that the law had a role to play, both at the criminal and civil level, in restricting the dissemination of hate propaganda (p. 12). With regard to s. 319(2), this conclusion was affirmed two years later in Working Paper 50 of the Law Reform Commission of Canada, entitled *Hate Propaganda* (1986).

(ii) International Human Rights Instruments

There is a great deal of support, both in the submissions made by those seeking to uphold s. 319(2) in this appeal and in the numerous studies of racial and religious hatred in Canada, for the conclusion that the harm caused by hate propaganda represents a pressing and substantial concern in a free and democratic society. I would also refer to international human rights principles, however, for guidance with respect to assessing the legislative objective.

le comité, résultait de l'expression qui fomenta la haine. Des rapports plus récents ont réitéré les conclusions et les inquiétudes du comité Cohen et confirmé l'importance de l'objectif visé par le législateur. Dans un rapport de 1981 intitulé *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, John D. McAlpine note des signes de racisme et de violence raciale en Colombie-Britannique et recommande, entre autres, le renforcement des redressements existants, y compris l'infraction criminelle de fomentation délibérée de la haine. Le rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne de 1984 examine, parmi de nombreux sujets, des questions de droit et de justice concernant et touchant les membres de minorités visibles au Canada. Devant la menace que présente la propagande haineuse pour l'égalité et le multiculturalisme, le comité a proposé l'élargissement de l'interdiction prévue au par. 319(2), principalement par la suppression de toute mention de l'élément moral que représente le caractère volontaire (recommandations 35 à 37). Également en 1984, le *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* de l'Association du Barreau canadien conclut que le droit a un rôle à jouer, aux plans criminel et civil, dans la restriction de la diffusion de la propagande haineuse (p. 12). En ce qui concerne le par. 319(2), cette conclusion a été confirmée deux ans plus tard dans le document de travail 50 de la Commission de réforme du droit du Canada, intitulé *La propagande haineuse* (1986).

(ii) Les documents internationaux en matière de droits de la personne

Tant les arguments présentés par les tenants du maintien du par. 319(2) dans le présent pourvoi que les nombreuses études sur la haine raciale et religieuse au Canada étayaient solidement la conclusion que le préjudice causé par la propagande haineuse constitue une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Toutefois, je mentionnerai aussi des principes internationaux en matière de droits de la personne comme guides utiles dans l'appréciation de l'objectif législatif.

Generally speaking, the international human rights obligations taken on by Canada reflect the values and principles of a free and democratic society, and thus those values and principles that underlie the *Charter* itself (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, *per Dickson C.J.*, at p. 348). Moreover, international human rights law and Canada's commitments in that area are of particular significance in assessing the importance of Parliament's objective under s. 1. As stated in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, at pp. 1056-57:

... Canada's international human rights obligations should inform not only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the *Charter* but also the interpretation of what can constitute pressing and substantial s. 1 objectives which may justify restrictions upon those rights.

In the context of justifying an infringement of s. 2(b), the majority in *Slaight* made a point of noting that a value enjoying status as an international human right is generally to be ascribed a high degree of importance under s. 1 of the *Charter* (pp. 1056-57).

No aspect of international human rights has been given attention greater than that focused upon discrimination. The large emphasis placed upon eradicating discrimination is evident in the fact that all but one of the major international human rights instruments (the *European Social Charter*) proscribe it in an article of general application (P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), at p. 75). This high concern regarding discrimination has led to the presence in two international human rights documents of articles forbidding the dissemination of hate propaganda.

In 1966, the United Nations adopted the *International Convention on the Elimination of All*

D'une manière générale, les obligations internationales assumées par le Canada en matière de droits de la personne reflètent les valeurs et principes propres à une société libre et démocratique et donc les valeurs et principes qui sous-tendent la *Charte* elle-même (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, le juge en chef Dickson, à la p. 348). De plus, le droit international des droits de la personne et les engagements du Canada dans ce domaine prennent une pertinence particulière dans l'appréciation, en vertu de l'article premier, de l'importance de l'objectif visé par le législateur. Comme on le dit dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, aux pp. 1056 et 1057:

... les obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne devraient renseigner non seulement sur l'interprétation du contenu des droits garantis par la *Charte*, mais aussi sur l'interprétation de ce qui peut constituer des objectifs urgents et réels au sens de l'article premier qui peuvent justifier la restriction de ces droits.

Dans le contexte de la justification d'une violation de l'al. 2b), la majorité dans l'affaire *Slaight* a eu soin de souligner qu'on doit en règle générale attribuer pour les fins de l'article premier de la *Charte* un degré élevé d'importance à une valeur jouissant du statut d'un droit international de la personne (pp. 1056 et 1057).

Aucun aspect des droits internationaux de la personne n'a reçu plus d'attention que celui de la discrimination. La grande importance attachée à la suppression de la discrimination ressort nettement du fait qu'à une seule exception près (la *Charte sociale européenne*), tous les principaux instruments internationaux concernant les droits de la personne renferment un article d'application générale la proscrivant (P. Sieghart, *The International Law of Human Rights* (1983), à la p. 75). Cette grande préoccupation à l'égard de la discrimination est à l'origine de l'inclusion dans deux documents internationaux sur les droits de la personne d'articles interdisant la diffusion de propagande haineuse.

En 1966, les Nations Unies ont adopté la *Convention internationale sur l'élimination de toutes*

Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28 (hereinafter "*CERD*"). The Convention, in force since 1969 and including Canada among its signatory members, contains a resolution that States Parties agree to:

... adopt all necessary measures for speedily eliminating racial discrimination in all its forms and manifestations, and to prevent and combat racist doctrines and practices in order to promote understanding between races and to build an international community free from all forms of racial segregation and racial discrimination.

Article 4 of the *CERD* is of special interest, providing that:

ARTICLE 4

States Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or other ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in article 5 of this Convention, *inter alia*:

- (a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

Further, the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966) (hereinafter "*ICCPR*"), adopted by the United Nations in 1966 and in force in Canada since 1976, in the following two articles guarantees the freedom of expression while simultaneously prohibiting the advocacy of hatred:

Article 19. ...

2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of

les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 n° 28 (ci-après la «*CEDR*»). La Convention, en vigueur depuis 1969 et comptant le Canada parmi ses signataires, contient une résolution portant que les États parties s'engagent:

... à adopter toutes les mesures nécessaires pour l'élimination rapide de toutes les formes et de toutes les manifestations de discrimination raciale et à prévenir et combattre les doctrines et pratiques racistes afin de favoriser la bonne entente entre les races et d'édifier une communauté internationale affranchie de toutes les formes de ségrégation et de discrimination raciales.

L'article 4 de la *CEDR* présente un intérêt spécial. Il est ainsi conçu:

ARTICLE 4

Les États parties condamnent toute propagande et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de haine et de discrimination raciales, ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer toute incitation à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment:

- a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement.

De plus, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966) (ci-après le «*PIDCP*»), adopté par l'Organisation des Nations Unies en 1966 et en vigueur au Canada depuis 1976, garantit la liberté d'expression tout en proscrivant l'incitation à la haine dans les deux articles suivants:

Article 19. ...

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce,

frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others;
- (b) For the protection of national security or of public order (*ordre public*), or of public health or morals.

Article 20. 1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

It appears that the protection provided freedom of expression by *CERD* and *ICCPR* does not extend to cover communications advocating racial or religious hatred. In *CERD*, Article 5 guarantees a number of civil rights, including freedom of expression, but it is generally agreed that this guarantee does not prevent a State Party from prohibiting hate propaganda (*Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, prepared by Special Rapporteur Mr. José D. Inglés, A/CONF. 119/10, May 18, 1983, para. 108). As for *ICCPR*, in 1981 a complaint against Canada was submitted by Mr. John Ross Taylor and the Western Guard Party (also appealing to this Court) to the United Nations Human Rights Committee under the *Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*. The complaint alleged that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6), which prohibits the communication of hate messages by telephone, had been applied against Mr. Taylor and his organization in violation of Article 19 of *ICCPR*. The Committee rejected this argument, however, holding that it was incompatible with the provisions of *ICCPR*, and in particular with Article 20, stating that,

... the opinions which Mr. [Taylor] seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the

sans considération de frontières, sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20. 1. Toute propagande en faveur de la guerre est interdite par la loi.

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Il appert donc que la protection accordée à la liberté d'expression par la *CEDR* et le *PIDCP* ne s'étend pas aux communications incitant à la haine raciale ou religieuse. L'article 5 de la *CEDR* garantit plusieurs libertés publiques, notamment la liberté d'expression, mais il est généralement convenu que cette garantie n'empêche pas un État partie d'interdire la propagande haineuse (*Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, réalisée par le rapporteur spécial M. José D. Inglés, A/CONF. 119/10, 18 mai 1983, par. 108). Pour ce qui est du *PIDCP*, en 1981 M. John Ross Taylor et le Western Guard Party (qui ont également formé un pourvoi devant notre Cour) ont soumis au Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies une plainte contre le Canada en vertu du *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques*. Il était allégué dans la plainte que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), qui interdit la communication de messages haineux par téléphone, avait été appliqué à M. Taylor et à son organisme contrairement à l'article 19 du *PIDCP*. Le comité a toutefois rejeté cet argument, le jugeant incompatible avec les dispositions du *PIDCP* et, en particulier, avec son article 20:

... les opinions que M. [Taylor] cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine

advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20(2) of the Covenant to prohibit.

(*Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), para. 8(b), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.)

In discussing the stance taken toward hate propaganda in international law, it is also worth mentioning the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), to which twenty-one states are parties. The Convention contains a qualified guarantee of free expression in Article 10, which reads as follows:

Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

Article 10(2), the language of which bears significant resemblance to that of s. 1 of the *Charter*, has been interpreted by the European Commission of Human Rights so as to permit the prohibition of racist communications as a valid derogation from the protection of free expression (see *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Eur. Comm. H. R., Application No. 9235/81, *X. v. Federal Republic of Germany*, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194; and Eur. Comm. H. R., Application No. 13214/87, *Lowes v. United Kingdom*, December 9, 1988, unreported). In the leading pronouncement of the Commission, however, Article 17 of the

raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte.

(*Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), par. 8b), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.)

En examinant la position adoptée en droit international à l'égard de la propagande haineuse, il est utile de mentionner la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), à laquelle vingt et un États sont parties. La Convention contient à son article 10 une garantie limitée de la liberté d'expression:

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Le paragraphe 10(2), dont le texte présente une grande ressemblance avec celui de l'article premier de la *Charte*, a été interprété par la Commission européenne des droits de l'homme de façon à permettre l'interdiction de communications racistes comme dérogation légitime à la protection de la liberté d'expression (voir *Felderer v. Sweden* (1986), 8 E.H.R.R. 91; Comm. Eur. D. H., Requête n° 9235/81, *X. c. République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194; et Comm. Eur. D. H., Requête n° 13214/87, *Lowes c. Royaume-Uni*, 9 décembre 1988, décision inédite). Dans la décision de principe rendue par la Com-

Convention was invoked in order to justify hate propaganda laws (Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187). Article 17 prevents the interpretation of any Convention right so as to imply a "right to engage in any activity or perform any act aimed at the destruction of any of the rights and freedoms set forth herein or at their limitation to a greater extent than is provided for in the Convention". The decision in *Glimmerveen* also utilized Article 14, which provides that the enjoyment of Convention rights and freedoms shall be secured without discrimination on any ground such as, *inter alia*, race or colour.

CERD and *ICCPR* demonstrate that the prohibition of hate-promoting expression is considered to be not only compatible with a signatory nation's guarantee of human rights, but is as well an obligatory aspect of this guarantee. Decisions under the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* are also of aid in illustrating the tenor of the international community's approach to hate propaganda and free expression. This is not to deny that finding the correct balance between prohibiting hate propaganda and ensuring freedom of expression has been a source of debate internationally (see, e.g., N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980), at pp. 43-54). But despite debate Canada, along with other members of the international community, has indicated a commitment to prohibiting hate propaganda, and in my opinion this Court must have regard to that commitment in investigating the nature of the government objective behind s. 319(2) of the *Criminal Code*. That the international community has collectively acted to condemn hate propaganda, and to oblige State Parties to *CERD* and *ICCPR* to prohibit such expression, thus emphasizes the importance of the objective behind s. 319(2) and the principles of equality and the inherent dignity of all persons

mission, cependant, l'article 17 de la Convention a été invoqué pour justifier des lois interdisant la propagande haineuse (Comm. Eur. D. H., Requêtes n^{os} 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187). L'article 17 empêche qu'un droit conféré par la Convention ne soit interprété de manière à comporter implicitement un «droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention». La décision *Glimmerveen* se fonde en outre sur l'article 14, qui dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune fondée notamment sur la race ou la couleur.

La *CEDR* et le *PIDCP* démontrent que l'interdiction de l'expression incitant à la haine est considérée non seulement compatible avec la garantie des droits de la personne dans un pays signataire, mais aussi comme un élément obligatoire de cette garantie. Les décisions rendues sous le régime de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* sont révélatrices, elles aussi, quant à l'attitude de la communauté internationale envers la propagande haineuse et la liberté d'expression. Ce n'est pas là nier que la question du juste équilibre entre l'interdiction de la propagande haineuse et la garantie de la liberté d'expression a fait l'objet de débats sur le plan international (voir, par exemple, N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination* (1980), aux pp. 43 à 54). Malgré ces débats, le Canada, comme d'autres membres de la communauté internationale, a pris l'engagement d'interdire la propagande haineuse et, à mon avis, notre Cour doit tenir compte de cet engagement en examinant la nature de l'objectif gouvernemental sous-jacent au par. 319(2) du *Code criminel*. Le fait que la communauté internationale ait agi collectivement pour condamner la propagande haineuse et pour obliger les États parties à la *CEDR* et au *PIDCP* à prohiber ce genre d'expression, vient souligner l'importance de l'objectif qui sous-tend le par. 319(2) et des principes d'égalité et de la dignité intrinsèque des personnes, qui se manifestent aussi

that infuse both international human rights and the *Charter*.

(iii) Other Provisions of the *Charter*

Significant indicia of the strength of the objective behind s. 319(2) are gleaned not only from the international arena, but are also expressly evident in various provisions of the *Charter* itself. As Wilson J. noted in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218:

... it is important to bear in mind that the rights and freedoms set out in the *Charter* are fundamental to the political structure of Canada and are guaranteed by the *Charter* as part of the supreme law of our nation. I think that in determining whether a particular limitation is a reasonable limit prescribed by law which can be "demonstrably justified in a free and democratic society" it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*.

Most importantly for the purposes of this appeal, ss. 15 and 27 represent a strong commitment to the values of equality and multiculturalism, and hence underline the great importance of Parliament's objective in prohibiting hate propaganda.

Looking first to s. 15, in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, I said that "[a] free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*" (p. 336). Section 15 lends further support to this observation, for the effects of entrenching a guarantee of equality in the *Charter* are not confined to those instances where it can be invoked by an individual against the state. In so far as it indicates our society's dedication to promoting equality, s. 15 is also relevant in assessing the aims of s. 319(2) of the *Criminal Code* under s. 1. In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court examined the equality guarantee of s. 15, McIntyre J. noting (at p. 171):

bien dans les droits internationaux de la personne que dans la *Charte*.

(iii) Autres dispositions de la *Charte*

^a Des indices importants de la force de l'objectif sous-tendant le par. 319(2) se dégagent non seulement du droit international mais aussi, de façon expresse et évidente, de diverses dispositions de la *Charte* elle-même. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218:

^c Il est important [...] de garder à l'esprit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* sont des éléments essentiels de la structure politique du Canada et qu'ils sont garantis par la *Charte* en tant que partie de la loi suprême de notre pays. Je pense qu'en déterminant si une limite donnée constitue une limite raisonnable prescrite par la loi et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.

^e Le point principal aux fins du présent pourvoi est que les art. 15 et 27 représentent un engagement profond envers les valeurs du multiculturalisme et de l'égalité et mettent donc en relief l'importance capitale de l'objectif législatif d'interdiction de la propagande haineuse.

^f Prenons d'abord l'art. 15. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, je dis: «[u]ne société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*» (p. 336). L'article 15 renforce encore cette observation car la constitutionnalisation de la garantie de l'égalité a des effets qui vont au-delà des cas où cette garantie peut être invoquée par un individu contre l'État. Pour autant qu'il manifeste l'engagement de notre société à la promotion de l'égalité, l'art. 15 est en outre pertinent pour évaluer en vertu de l'article premier les objets du par. 319(2) du *Code criminel*. Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour examine la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15. Le juge McIntyre dit, à la p. 171:

It is clear that the purpose of s. 15 is to ensure equality in the formulation and application of the law. The promotion of equality entails the promotion of a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern, respect and consideration. It has a large remedial component.

As noted in *Big M Drug Mart*, promoting equality is an undertaking essential to any free and democratic society, and I believe that the words of McIntyre J. support this position. The principles underlying s. 15 of the *Charter* are thus integral to the s. 1 analysis.

In its written submission to the Court, the intervenor L.E.A.F. made the following comment in support of the view that the public and wilful promotion of group hatred is properly understood as a practice of inequality:

Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

I agree with this statement. In light of the *Charter* commitment to equality, and the reflection of this commitment in the framework of s. 1, the objective of the impugned legislation is enhanced in so far as it seeks to ensure the equality of all individuals in Canadian society. The message of the expressive activity covered by s. 319(2) is that members of identifiable groups are not to be given equal standing in society, and are not human beings equally deserving of concern, respect and consideration. The harms caused by this message run directly counter to the values central to a free and democratic society, and in restricting the promotion of hatred Parliament is therefore seeking to bolster the notion of mutual respect necessary in a nation which venerates the equality of all persons.

Il est clair que l'art. 15 a pour objet de garantir l'égalité dans la formulation et l'application de la loi. Favoriser l'égalité emporte favoriser l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération. Il comporte un aspect réparateur important.

Comme le souligne l'arrêt *Big M Drug Mart*, favoriser l'égalité est un engagement essentiel d'une société libre et démocratique et je crois que les propos du juge McIntyre appuient ce point de vue. Les principes sous-tendant l'art. 15 de la *Charte* sont donc partie intégrante de l'analyse en vertu de l'article premier.

Dans son mémoire, l'intervenant F.A.E.J., a fait valoir l'argument suivant pour montrer que la fomentation publique et délibérée de la haine collective est qualifiée à juste titre de pratique inégalitaire:

[TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

Je suis d'accord. Compte tenu de l'engagement envers l'égalité manifesté dans la *Charte* et reflété à l'article premier, l'objet visé par la disposition législative contestée prend une importance accrue dans la mesure où elle est destinée à assurer l'égalité de tous dans la société canadienne. Le message véhiculé par l'activité expressive visée au par. 319(2) est que les membres de groupes identifiables ne doivent pas avoir un statut d'égalité dans la société, et ne sont pas des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération que les autres. Le tort causé par un tel message est en conflit direct avec les valeurs essentielles à une société libre et démocratique et, en restreignant la fomentation de la haine, le Parlement cherche donc à renforcer la notion de respect mutuel, indispensable dans une nation qui vénère le principe de l'égalité de tous.

Section 15 is not the only *Charter* provision which emphasizes values both important to a free and democratic society and pertinent to the disposition of this appeal under s. 1. Section 27 states that:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

This Court has where possible taken account of s. 27 and its recognition that Canada possesses a multicultural society in which the diversity and richness of various cultural groups is a value to be protected and enhanced. Section 27 has therefore been used in a number of judgments of this Court, both as an aid in interpreting the definition of *Charter* rights and freedoms (see, e.g., *Big M Drug Mart, supra, per Dickson J.*, at pp. 337-38, *Edwards Books, supra, per Dickson C.J.*, at p. 758; and *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra, per McIntyre J.*, at p. 171) and as an element in the s. 1 analysis (see, e.g., *Edwards Books, per La Forest J.*, at p. 804, and *Wilson J.*, at p. 809).

The value expressed in s. 27 cannot be casually dismissed in assessing the validity of s. 319(2) under s. 1, and I am of the belief that s. 27 and the commitment to a multicultural vision of our nation bear notice in emphasizing the acute importance of the objective of eradicating hate propaganda from society. Professor J. E. Magnet has dealt with some of the factors which may be used to inform the meaning of s. 27, and of these I expressly adopt the principle of non-discrimination and the need to prevent attacks on the individual's connection with his or her culture, and hence upon the process of self-development (see Magnet "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27", in Beaudoin and Ratushny, eds., *op. cit.*, at p. 739). Indeed, the sense that an individual can be affected by treatment of a group to which he or she belongs is clearly evident in a number of other *Charter* provisions not yet mentioned, including ss. 16 to 23 (language rights), s. 25 (aboriginal rights), s. 28 (gender equality) and s. 29 (denominational schools).

L'article 15 n'est pas l'unique disposition de la *Charte* à mettre en relief des valeurs à la fois importantes dans une société libre et démocratique et pertinentes en l'espèce aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. L'article 27 porte:

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Notre Cour a, autant que possible, tenu compte de l'art. 27 et de sa reconnaissance que le Canada est une société multiculturelle où la diversité et la richesse de divers groupes culturels sont à protéger et à valoriser. L'article 27 a donc été invoqué dans plusieurs arrêts de notre Cour pour faciliter soit l'interprétation de la définition de droits et libertés garantis par la *Charte* (voir, par exemple, *Big M Drug Mart, précité*, le juge Dickson, aux pp. 337 et 338; *Edwards Books, précité*, le juge en chef Dickson, à la p. 758; et *Andrews c. Law Society of British Columbia, précité*, le juge McIntyre, à la p. 171) soit l'analyse fondée sur l'article premier (voir, par exemple, *Edwards Books, le juge La Forest, à la p. 804*, et le juge Wilson, à la p. 809).

La valeur exprimée à l'art. 27 ne saurait être exclue à la légère de l'examen de la validité du par. 319(2) en vertu de l'article premier, et j'estime que l'art. 27 et l'engagement envers une vision multiculturelle de notre nation doivent être pris en considération car ils soulignent l'importance capitale de l'objectif d'éliminer la propagande haineuse de notre société. Le professeur J. E. Magnet a traité de certains facteurs pouvant servir à préciser le sens de l'art. 27. Parmi ceux-ci j'adopte expressément le principe de la non-discrimination et la nécessité de prévenir les attaques contre les liens qu'un individu entretient avec sa culture et, par conséquent, contre le processus de l'épanouissement personnel (voir Magnet, «Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27», dans Beaudoin et Ratushny, éd., *op. cit.*, à la p. 817). En fait, l'idée que le traitement accordé à un groupe peut avoir un effet sur un individu appartenant à ce groupe ressort nettement de plusieurs autres dispositions de la *Charte* non encore mentionnées, dont les art. 16 à 23 (droits linguistiques), l'art. 25 (droits des autochtones), l'art. 28 (égalité des sexes) et l'art. 29 (écoles confessionnelles).

Hate propaganda seriously threatens both the enthusiasm with which the value of equality is accepted and acted upon by society and the connection of target group members to their community. I thus agree with the sentiments of Cory J.A. who, in writing to uphold s. 319(2) in *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, said (at p. 181):

Multiculturalism cannot be preserved let alone enhanced if free rein is given to the promotion of hatred against identifiable cultural groups.

When the prohibition of expressive activity that promotes hatred of groups identifiable on the basis of colour, race, religion, or ethnic origin is considered in light of s. 27, the legitimacy and substantial nature of the government objective is therefore considerably strengthened.

(iv) Conclusion Respecting Objective of Section 319(2)

In my opinion, it would be impossible to deny that Parliament's objective in enacting s. 319(2) is of the utmost importance. Parliament has recognized the substantial harm that can flow from hate propaganda, and in trying to prevent the pain suffered by target group members and to reduce racial, ethnic and religious tension in Canada, has decided to suppress the wilful promotion of hatred against identifiable groups. The nature of Parliament's objective is supported not only by the work of numerous study groups, but also by our collective historical knowledge of the potentially catastrophic effects of the promotion of hatred (*Jones, supra, per La Forest J.*, at pp. 299-300). Additionally, the international commitment to eradicate hate propaganda and the stress placed upon equality and multiculturalism in the *Charter* strongly buttress the importance of this objective. I consequently find that the first part of the test under s. 1 of the *Charter* is easily satisfied and that a powerfully convincing legislative objective exists such as to justify some limit on freedom of expression.

La propagande haineuse menace gravement tant l'enthousiasme avec lequel la valeur d'égalité est acceptée et mise en pratique par la société, que les rapports entre les membres de groupes cibles et leur communauté. Je partage donc l'avis du juge Cory de la Cour d'appel qui, se prononçant en faveur du maintien du par. 319(2), affirme dans l'arrêt *R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 181:

[TRADUCTION] Le multiculturalisme ne peut être maintenu ni, à plus forte raison, valorisé si libre cours est donné à la fomentation de la haine contre des groupes culturels identifiables.

La légitimité et l'importance de l'objectif gouvernemental sont considérablement renforcées par l'examen à la lumière de l'art. 27 de l'interdiction de l'activité expressive tendant à fomenter la haine contre des groupes identifiables en raison de leur couleur, leur race, leur religion ou leur origine ethnique.

(iv) Conclusion relative à l'objet du par. 319(2)

L'importance capitale de l'objectif que visait le Parlement en adoptant le par. 319(2) est à mon avis indéniable. Le législateur a reconnu le préjudice réel pouvant découler de la propagande haineuse et, cherchant à empêcher que des membres d'un groupe cible en souffrent et à réduire la tension raciale, ethnique et religieuse au Canada, a décidé d'éliminer la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Cet objectif du Parlement est appuyé non seulement par les travaux de nombreux groupes d'étude, mais aussi par notre connaissance historique collective des effets potentiellement catastrophiques de la fomentation de la haine (l'arrêt *Jones*, précité, le juge La Forest, aux pp. 299 et 300). Qui plus est, l'engagement international d'éliminer la propagande haineuse ainsi que l'accent mis dans la *Charte* sur l'égalité et sur le multiculturalisme étayent fortement l'importance de cet objectif. Je conclus donc que la première condition du critère à appliquer aux fins de l'article premier de la *Charte* est largement remplie et qu'il existe un objectif législatif très convaincant, justifiant une restriction de la liberté d'expression.

D. *Proportionality*

The second branch of the *Oakes* test—proportionality—poses the most challenging questions with respect to the validity of s. 319(2) as a reasonable limit on freedom of expression in a free and democratic society. It is therefore not surprising to find most commentators, as well as the litigants in the case at bar, agreeing that the objective of the provision is of great importance, but to observe considerable disagreement when it comes to deciding whether the means chosen to further the objective are proportional to the ends. (Among the more recent Canadian legal articles supporting the validity of a provision in the nature of s. 319(2) see: D. Bottos, “Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression” (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461; Cotler, *op. cit.*; A. Fish, “Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences” (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111; A. W. MacKay, “Freedom of Expression: Is It All Just Talk?” (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713; N. N. Rauf, “Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews” (1988), 65 C.R. (3d) 356; A. Regel, “Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech” (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303. Canadian writers taking the opposite view include R. Bessner, “The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code” (1988), 17 *Man. L.J.* 183; A. A. Borovoy, “Freedom of Expression: Some Recurring Impediments” in Abella and Rothman, eds., *op. cit.*, at p. 125; S. Braun, “Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*” (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.)

(i) Relation of the Expression at Stake to Free Expression Values

In discussing the nature of the government objective, I have commented at length upon the way in which the suppression of hate propaganda furthers values basic to a free and democratic society. I have said little, however, regarding the extent to which these same values, including the

D. *La proportionnalité*

C'est le deuxième volet du critère de l'arrêt *Oakes*—la proportionnalité—qui pose les questions les plus épineuses relativement à la validité du par. 319(2) comme restriction raisonnable de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des commentateurs, ainsi que les parties au présent litige, tout en convenant de la grande importance de l'objectif de la disposition en cause, se trouvent nettement en désaccord sur la question de la proportionnalité des moyens choisis pour atteindre cet objectif. (Parmi les articles canadiens les plus récents appuyant la validité d'une disposition du type du par. 319(2), voir: D. Bottos, «Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 461; Cotler, *loc. cit.*; A. Fish, «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111; A. W. MacKay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713; N. N. Rauf, «Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews» (1988), 65 C.R. (3d) 356; A. Regel, «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech» (1984-85), 49 *Sask. L. Rev.* 303. Les auteurs canadiens adoptant un point de vue opposé comprennent: R. Bessner, «The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code» (1988), 17 *Man. L.J.* 183; A. A. Borovoy, «Freedom of Expression: Some Recurring Impediments», dans Abella et Rothman, éd., *op. cit.*, à la p. 125; S. Braun, «Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? *Regina v. Zundel*» (1987), 11 *Dalhousie L.J.* 471.)

(i) Le rapport entre l'expression en cause et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression

En examinant la nature de l'objectif visé par le gouvernement, j'ai parlé longuement de la façon dont la suppression de la propagande haineuse sert à promouvoir des valeurs fondamentales dans une société libre et démocratique. J'ai peu parlé cependant de la mesure dans laquelle ces mêmes valeurs,

freedom of expression, are furthered by permitting the exposition of such expressive activity. This lacuna is explicable when one realizes that the interpretation of s. 2(b) under *Irwin Toy, supra*, gives protection to a very wide range of expression. Content is irrelevant to this interpretation, the result of a high value being placed upon freedom of expression in the abstract. This approach to s. 2(b) often operates to leave unexamined the extent to which the expression at stake in a particular case promotes freedom of expression principles. In my opinion, however, the s. 1 analysis of a limit upon s. 2(b) cannot ignore the nature of the expressive activity which the state seeks to restrict. While we must guard carefully against judging expression according to its popularity, it is equally destructive of free expression values, as well as the other values which underlie a free and democratic society, to treat all expression as equally crucial to those principles at the core of s. 2(b).

In *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, supra*, McLachlin J. recognized the importance of context in evaluating expressive activity under s. 1, stating with regard to commercial speech (at pp. 246-47):

While the Canadian approach does not apply special tests to restrictions on commercial expression, our method of analysis does permit a sensitive, case-oriented approach to the determination of their constitutionality. Placing the conflicting values in their factual and social context when performing the s. 1 analysis permits the courts to have regard to special features of the expression in question. As Wilson J. notes in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, not all expression is equally worthy of protection. Nor are all infringements of free expression equally serious. [See also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, per Dickson C.J., at p. 1135.]

notamment la liberté d'expression, sont favorisées quand on permet ce genre d'activité expressive. Cette lacune s'explique puisque l'arrêt *Irwin Toy*, précité, donne à l'al. 2b) une interprétation qui protège une très large gamme d'expressions. Le contenu est en règle générale sans pertinence aux fins de cette interprétation, en raison de la grande importance accordée dans l'abstrait à la liberté d'expression. Cette façon d'interpréter l'al. 2b) a souvent pour conséquence qu'on ne se posera pas la question de savoir dans quelle mesure l'expression en cause dans une instance particulière sert à promouvoir les principes sous-tendant la liberté d'expression. À mon avis, toutefois, l'analyse en vertu de l'article premier d'une restriction imposée à l'al. 2b) doit tenir compte de la nature de l'activité expressive que l'État cherche à restreindre. Si nous devons veiller à ne pas juger l'expression en fonction de sa popularité, il est tout aussi néfaste pour les valeurs inhérentes à la liberté d'expression, et pour les autres valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique, de considérer que toutes les sortes d'expressions revêtent la même importance au regard des principes qui sont au cœur de l'al. 2b).

Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, précité, le juge McLachlin reconnaît l'importance du contexte dans l'appréciation de l'activité expressive en vertu de l'article premier. Elle dit en effet au sujet de l'expression commerciale (aux pp. 246 et 247):

Bien que la méthode canadienne ne consiste pas à appliquer des critères spéciaux aux restrictions imposées à l'expression commerciale, notre méthode d'analyse permet d'aborder la détermination de leur constitutionnalité avec sensibilité et en fonction de chaque cas particulier. En situant les valeurs contradictoires dans leur contexte factuel et social au moment de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier, les tribunaux ont la possibilité de tenir compte des caractéristiques spéciales de l'expression en question. Comme le juge Wilson le fait remarquer dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, ce ne sont pas toutes les expressions qui méritent la même protection. Toutes les violations de la liberté d'expression ne sont pas également graves. [Voir aussi *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, le juge en chef Dickson, à la p. 1135.]

Using this contextual approach, McLachlin J. evaluated the expression jeopardized by government regulation in light of s. 2(b) values. She thus went on to consider those interests which argued for restriction only after having assessed the importance of the freedom of expression interest at stake on the facts of the case.

Royal College dealt with provincial limitations upon the freedom of dentists to impart information to patients and potential patients via advertisements. In these circumstances, the Court found that the expression regulated was of a nature that made its curtailment something less than a most serious infringement of the freedom of expression, the limitation affecting neither participation in the political process nor the ability of the individual to achieve spiritual or artistic self-fulfillment. The resulting conclusion was that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements" (p. 247). At the same time, however, it was recognized that an interest existed in those who wished to make an informed choice as to a dentist, and in so far as access to such information was restricted the infringement of s. 2(b) could not be lightly dismissed (p. 247). Moreover, unlike in *Irwin Toy*, the information was not aimed at children, a group hampered in making informed choices, and hence any heightened state interest that might arise in protecting a vulnerable group was absent (p. 248).

Applying the *Royal College* approach to the context of this appeal is a key aspect of the s. 1 analysis. One must ask whether the expression prohibited by s. 319(2) is tenuously connected to the values underlying s. 2(b) so as to make the restriction "easier to justify than other infringements." In this regard, let me begin by saying that, in my opinion, there can be no real disagreement about the subject matter of the messages and teachings communicated by the respondent, Mr. Keegstra: it is deeply offensive, hurtful and damaging to target group members, misleading to his listeners, and antithetical to the furtherance of

Employant cette méthode contextuelle, le juge McLachlin a évalué à la lumière des valeurs sous-jacentes à l'al. 2b) l'expression menacée par la réglementation gouvernementale. Elle n'a donc examiné les intérêts militant en faveur de la restriction qu'après avoir apprécié l'importance de l'intérêt en matière de liberté d'expression qui était en cause dans cette affaire.

L'affaire *Collège royal* traitait de limites imposées par une province à la liberté des dentistes d'avoir recours à la publicité pour communiquer des renseignements à des patients réels et éventuels. Dans ces circonstances, notre Cour a conclu que l'expression ainsi réglementée était de telle nature que sa restriction se situait en deçà d'une atteinte des plus graves à la liberté d'expression, étant donné que la restriction ne touchait ni la participation au processus politique ni la possibilité pour un particulier de s'épanouir sur les plans spirituel ou artistique. On a conclu en conséquence qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes» (p. 247). Pourtant on a reconnu en même temps qu'il existait un intérêt chez ceux qui désiraient faire un choix éclairé quant à un dentiste et que, dans la mesure où l'accès à ces renseignements était restreint, la violation de l'al. 2b) ne pouvait être écartée à la légère (p. 247). De plus, à la différence de l'affaire *Irwin Toy*, il ne s'agissait pas de renseignements destinés aux enfants, groupe qui n'arrive pas facilement à faire des choix éclairés, si bien que l'intérêt plus grand que peut avoir l'État à protéger un groupe vulnérable n'existait pas (p. 248).

L'application dans le contexte du présent pourvoi de la méthode suivie dans l'arrêt *Collège royal* est un élément clef de l'analyse en vertu de l'article premier. On doit se demander s'il y a entre l'expression qu'interdit le par. 319(2) et les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression un lien dont la faiblesse rend la restriction «plus facile[...] à justifier que d'autres atteintes». Je signale d'abord à ce propos que, selon moi, il ne peut y avoir de désaccord véritable quant au contenu des messages et des enseignements communiqués par l'intimé M. Keegstra: il est profondément offensant, blessant et préjudiciable aux membres du groupe cible; il

tolerance and understanding in society. Furthermore, as will be clear when I come to discuss in detail the interpretation of s. 319(2), there is no doubt that all expression fitting within the terms of the offence can be similarly described. To say merely that expression is offensive and disturbing, however, fails to address satisfactorily the question of whether, and to what extent, the expressive activity prohibited by s. 319(2) promotes the values underlying the freedom of expression. It is to this difficult and complex question that I now turn.

From the outset, I wish to make clear that in my opinion the expression prohibited by s. 319(2) is not closely linked to the rationale underlying s. 2(b). Examining the values identified in *Ford* and *Irwin Toy* as fundamental to the protection of free expression, arguments can be made for the proposition that each of these values is diminished by the suppression of hate propaganda. While none of these arguments is spurious, I am of the opinion that expression intended to promote the hatred of identifiable groups is of limited importance when measured against free expression values.

At the core of freedom of expression lies the need to ensure that truth and the common good are attained, whether in scientific and artistic endeavors or in the process of determining the best course to take in our political affairs. Since truth and the ideal form of political and social organization can rarely, if at all, be identified with absolute certainty, it is difficult to prohibit expression without impeding the free exchange of potentially valuable information. Nevertheless, the argument from truth does not provide convincing support for the protection of hate propaganda. Taken to its extreme, this argument would require us to permit the communication of all expression, it being impossible to know with absolute certainty which factual statements are true, or which ideas obtain the greatest good. The problem with this extreme position, however, is that the greater the degree of certainty that a statement is erroneous or menda-

induit en erreur ceux qui l'écoutent; et il est l'antithèse de la tolérance et de la compréhension mutuelle dans notre société. En outre, et cela deviendra évident dans mon examen approfondi de l'interprétation du par. 319(2), il ne fait aucun doute que toute expression relevant de la définition de cette infraction peut être ainsi qualifiée. Dire simplement que l'expression est offensante et alarmante n'est toutefois pas une réponse satisfaisante à la question de savoir si, et dans quelle mesure, l'activité d'expression interdite par le par. 319(2) sert à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. C'est cette question à la fois difficile et complexe que j'aborde maintenant.

D'emblée je tiens à préciser qu'à mon avis l'expression interdite par le par. 319(2) n'est pas étroitement liée à la raison d'être de l'al. 2b). Quand on examine les valeurs que les arrêts *Ford* et *Irwin Toy* qualifient de fondamentales pour la protection de la liberté d'expression, il est possible d'avancer des arguments pour dire que chacune de ces valeurs est amoindrie par la suppression de la propagande haineuse. Bien qu'aucun de ces arguments ne soit spécieux, j'estime que l'expression destinée à fomenter la haine contre des groupes identifiables ne revêt qu'une importance limitée par rapport aux valeurs sous-tendant la liberté d'expression.

Au cœur de la liberté d'expression se trouve le besoin d'assurer la découverte de la vérité et la réalisation du bien commun, tant dans les entreprises scientifiques et artistiques que dans la poursuite de la meilleure orientation à donner à nos affaires politiques. Comme la vérité et la forme idéale d'organisation politique et sociale ne peuvent que rarement, voire jamais, être déterminées avec une certitude absolue, il est difficile d'interdire l'expression sans gêner le libre échange de renseignements pouvant être importants. Néanmoins, l'argument tiré de la vérité ne milite pas de façon convaincante en faveur de la protection de la propagande haineuse. À la limite, cet argument nous obligerait à permettre toute expression, vu l'impossibilité de savoir avec une certitude absolue quelles déclarations factuelles sont vraies ou quelles idées produisent le plus grand bien. Le problème que soulève cette position extrême est que plus

scious, the less its value in the quest for truth. Indeed, expression can be used to the detriment of our search for truth; the state should not be the sole arbiter of truth, but neither should we overplay the view that rationality will overcome all falsehoods in the unregulated marketplace of ideas. There is very little chance that statements intended to promote hatred against an identifiable group are true, or that their vision of society will lead to a better world. To portray such statements as crucial to truth and the betterment of the political and social milieu is therefore misguided.

Another component central to the rationale underlying s. 2(b) concerns the vital role of free expression as a means of ensuring individuals the ability to gain self-fulfillment by developing and articulating thoughts and ideas as they see fit. It is true that s. 319(2) inhibits this process among those individuals whose expression it limits, and hence arguably works against freedom of expression values. On the other hand, such self-autonomy stems in large part from one's ability to articulate and nurture an identity derived from membership in a cultural or religious group. The message put forth by individuals who fall within the ambit of s. 319(2) represents a most extreme opposition to the idea that members of identifiable groups should enjoy this aspect of the s. 2(b) benefit. The extent to which the unhindered promotion of this message furthers free expression values must therefore be tempered in so far as it advocates with inordinate vitriol an intolerance and prejudice which view as execrable the process of individual self-development and human flourishing among all members of society.

Moving on to a third strain of thought said to justify the protection of free expression, one's attention is brought specifically to the political realm. The connection between freedom of expression and the political process is perhaps the linchpin of the s. 2(b) guarantee, and the nature of this

il est certain qu'une déclaration est fautive ou fallacieuse, moins sa valeur est grande dans la recherche de la vérité. En fait, l'expression peut être utilisée au détriment de la recherche de la vérité. L'État ne devrait pas être le seul juge de ce qui constitue la vérité; par contre, il ne faut pas accorder une importance exagérée à l'opinion selon laquelle la raison prévaudra toujours contre le mensonge sur le marché non réglementé des idées. Il est en fait très peu probable que des déclarations destinées à fomenter la haine contre un groupe identifiable soient vraies, ou que la vision de la société qu'elles traduisent conduira à un monde meilleur. C'est donc un leurre de les présenter comme cruciales pour la détermination de la vérité et pour l'amélioration du milieu politique et social.

Un autre élément essentiel de la raison d'être de l'al. 2b) est le rôle vital que joue la liberté d'expression comme moyen d'assurer aux individus la possibilité de s'épanouir personnellement en formant et en articulant à leur gré des pensées et des idées. Certes, le par. 319(2) entrave ce processus parmi les personnes dont il limite l'expression et on pourrait prétendre qu'il va donc à l'encontre des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Par ailleurs, ce genre d'autonomie découle dans une large mesure de la possibilité qu'on a d'exprimer ou de développer une identité résultant de l'appartenance à un groupe culturel ou religieux. Le message transmis par des personnes visées par le par. 319(2) exprime une opposition extrême à l'idée que les membres de groupes identifiables devraient pouvoir jouir de cet aspect de l'avantage conféré par l'al. 2b). La mesure dans laquelle la libre diffusion de ce message sert à promouvoir les valeurs de la libre expression doit donc être limitée puisqu'elle préconise avec une virulence démesurée, l'intolérance et les préjugés qui tiennent en aversion le processus de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels de tous les membres de la société.

Un troisième ordre d'idées avancées pour justifier la protection de la liberté d'expression touche plus particulièrement le domaine politique. Le lien entre la liberté d'expression et le processus politique est peut-être la cheville ouvrière de la garantie énoncée à l'al. 2b), et ce lien tient dans une large

connection is largely derived from the Canadian commitment to democracy. Freedom of expression is a crucial aspect of the democratic commitment, not merely because it permits the best policies to be chosen from among a wide array of proffered options, but additionally because it helps to ensure that participation in the political process is open to all persons. Such open participation must involve to a substantial degree the notion that all persons are equally deserving of respect and dignity. The state therefore cannot act to hinder or condemn a political view without to some extent harming the openness of Canadian democracy and its associated tenet of equality for all.

The suppression of hate propaganda undeniably muzzles the participation of a few individuals in the democratic process, and hence detracts somewhat from free expression values, but the degree of this limitation is not substantial. I am aware that the use of strong language in political and social debate—indeed, perhaps even language intended to promote hatred—is an unavoidable part of the democratic process. Moreover, I recognize that hate propaganda is expression of a type which would generally be categorized as “political”, thus putatively placing it at the very heart of the principle extolling freedom of expression as vital to the democratic process. Nonetheless, expression can work to undermine our commitment to democracy where employed to propagate ideas anathemic to democratic values. Hate propaganda works in just such a way, arguing as it does for a society in which the democratic process is subverted and individuals are denied respect and dignity simply because of racial or religious characteristics. This brand of expressive activity is thus wholly inimical to the democratic aspirations of the free expression guarantee.

Indeed, one may quite plausibly contend that it is through rejecting hate propaganda that the state can best encourage the protection of values central to freedom of expression, while simultaneously demonstrating dislike for the vision forwarded by hate-mongers. In this regard, the reaction to vari-

mesure à l’engagement du Canada envers la démocratie. La liberté d’expression est un aspect crucial de cet engagement démocratique, non pas simplement parce qu’elle permet de choisir les meilleures politiques parmi la vaste gamme des possibilités offertes, mais en outre parce qu’elle contribue à assurer un processus politique ouvert à la participation de tous. Cette possibilité d’y participer doit reposer dans une mesure importante sur la notion que tous méritent le même respect et la même dignité. L’État ne saurait en conséquence entraver l’expression d’une opinion politique ni la condamner sans nuire jusqu’à un certain point au caractère ouvert de la démocratie canadienne et au principe connexe de l’égalité de tous.

L’élimination de la propagande haineuse empêche incontestablement la participation de quelques individus au processus démocratique, et s’écarte donc un peu des valeurs de la libre expression, mais il ne s’agit pas là d’une restriction importante. Je sais que l’utilisation d’un langage fort dans les débats politiques et sociaux—peut-être même un langage destiné à fomenter la haine—fait inévitablement partie du processus démocratique. Je reconnais en outre que la propagande haineuse constitue une expression d’un genre qui serait en règle générale qualifié de «politique», et qu’elle serait donc théoriquement de l’essence même du principe que la liberté d’expression est un élément vital du processus démocratique. L’expression peut néanmoins avoir l’effet d’affaiblir notre engagement envers la démocratie lorsqu’elle sert à répandre des idées contraires aux valeurs démocratiques. La propagande haineuse a précisément cet effet en préconisant une société qui subvertirait le processus démocratique et priverait des individus du respect et de la dignité en raison de leurs caractéristiques raciales ou religieuses. Cette sorte d’activité expressive est donc tout à fait incompatible avec les aspirations démocratiques inhérentes à la garantie de la liberté d’expression.

En fait, on peut soutenir très plausiblement que le rejet de la propagande haineuse est le meilleur moyen dont dispose l’État pour encourager la protection de valeurs qui sont l’essence même de la liberté d’expression tout en manifestant son aversion pour la vision préconisée par les fomentateurs

ous types of expression by a democratic government may be perceived as meaningful expression on behalf of the vast majority of citizens. I do not wish to be construed as saying that an infringement of s. 2(b) can be justified under s. 1 merely because it is the product of a democratic process; the *Charter* will not permit even the democratically elected legislature to restrict the rights and freedoms crucial to a free and democratic society. What I do wish to emphasize, however, is that one must be careful not to accept blindly that the suppression of expression must always and unremittingly detract from values central to freedom of expression (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986), at pp. 87-93).

I am very reluctant to attach anything but the highest importance to expression relevant to political matters. But given the unparalleled vigour with which hate propaganda repudiates and undermines democratic values, and in particular its condemnation of the view that all citizens need be treated with equal respect and dignity so as to make participation in the political process meaningful, I am unable to see the protection of such expression as integral to the democratic ideal so central to the s. 2(b) rationale. Together with my comments as to the tenuous link between communications covered by s. 319(2) and other values at the core of the free expression guarantee, this conclusion leads me to disagree with the opinion of McLachlin J. that the expression at stake in this appeal mandates the most solicitous degree of constitutional protection. In my view, hate propaganda should not be accorded the greatest of weight in the s. 1 analysis.

As a caveat, it must be emphasized that the protection of extreme statements, even where they attack those principles underlying the freedom of expression, is not completely divorced from the aims of s. 2(b) of the *Charter*. As noted already, suppressing the expression covered by s. 319(2) does to some extent weaken these principles. It can

de haine. À cet égard, la réaction d'un gouvernement démocratique à différents types d'expression peut être perçue comme l'expression valable de l'opinion de la grande majorité des citoyens. Je ne veux pas dire par là qu'une violation de l'al. 2b) peut se justifier en vertu de l'article premier du simple fait qu'elle résulte du processus démocratique; la *Charte* ne permet même pas aux législateurs démocratiquement élus de restreindre les droits et libertés indispensables à une société libre et démocratique. Je tiens toutefois à souligner qu'on doit se garder d'accepter aveuglément l'idée que la suppression de l'expression porte toujours et inévitablement atteinte aux valeurs de la libre expression (L. C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986), aux pp. 87 à 93).

Je suis très réticent à attacher moins que la plus haute importance à l'expression se rapportant aux affaires politiques. Compte tenu toutefois de l'énergie inégalée avec laquelle la propagande haineuse répudie et mine les valeurs démocratiques, et conteste notamment l'idée que le respect égal et la dignité égale pour tous les citoyens sont requis pour assurer une participation réelle au processus politique, je ne puis voir la protection de cette expression comme faisant partie intégrante de l'idéal démocratique qui forme un élément tellement fondamental de la raison d'être de l'al. 2b). Cette conclusion, ainsi que mes observations concernant la faiblesse du lien entre les communications relevant du par. 319(2) et les autres valeurs constituant l'essence de la garantie de la liberté d'expression, m'amènent à exprimer mon désaccord avec l'opinion du juge McLachlin selon laquelle l'expression en cause dans le présent pourvoi commande la plus grande protection constitutionnelle. À mon avis, la propagande haineuse ne devrait pas peser très lourd dans l'analyse fondée sur l'article premier.

Il faut souligner par contre que la protection de déclarations extrêmes, même lorsqu'elles attaquent les principes qui sous-tendent la liberté d'expression, n'est pas tout à fait étrangère aux objets de l'al. 2b) de la *Charte*. Comme je l'ai déjà indiqué, la suppression de l'expression visée au par. 319(2) affaiblit en effet ces principes jusqu'à un certain

also be argued that it is partly through a clash with extreme and erroneous views that truth and the democratic vision remain vigorous and alive (see Braun, *op. cit.*, at p. 490). In this regard, judicial pronouncements strongly advocating the importance of free expression values might be seen as helping to expose prejudiced statements as valueless even while striking down legislative restrictions that proscribe such expression. Additionally, condoning a democracy's collective decision to protect itself from certain types of expression may lead to a slippery slope on which encroachments on expression central to s. 2(b) values are permitted. To guard against such a result, the protection of communications virulently unsupportive of free expression values may be necessary in order to ensure that expression more compatible with these values is never unjustifiably limited.

None of these arguments is devoid of merit, and each must be taken into account in determining whether an infringement of s. 2(b) can be justified under s. 1. It need not be, however, that they apply equally or with the greatest of strength in every instance. As I have said already, I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)" (*Royal College, supra*, at p. 247).

As a final point, it should be stressed that in discussing the relationship between hate propagan-

point. On peut soutenir en outre que c'est en partie grâce à leur confrontation avec des vues extrêmes et erronées que la vérité et la vision démocratiques conservent toute leur vigueur et tout leur dynamisme (voir Braun, *loc. cit.*, à la p. 490). À cet égard, on pourrait considérer que les déclarations judiciaires prônant énergiquement l'importance des valeurs de la libre expression contribuent à faire comprendre l'absence de toute valeur des expressions de préjugés tout en invalidant des restrictions législatives qui interdisent ce genre d'expression. De plus, approuver la décision collective d'une démocratie de se protéger contre certains types d'expression peut entraîner sur une pente dangereuse qui conduit à l'autorisation d'atteintes à une expression essentielle aux valeurs sous-jacentes à l'al. 2b). Pour parer à cette éventualité, la protection de communications qui s'opposent avec virulence aux valeurs de la libre expression peut être nécessaire pour protéger contre des restrictions injustifiables une expression plus compatible avec ces valeurs.

Tous ces arguments ont un certain mérite et chacun doit être pris en considération pour déterminer si une violation de l'al. 2b) peut se justifier selon l'article premier. Il n'est toutefois pas nécessaire qu'ils s'appliquent également et dans toute leur force dans chaque cas. Comme je l'ai déjà dit, je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)» (*Collège royal*, précité, à la p. 247).

Enfin, il faut souligner qu'en traitant des rapports entre la propagande haineuse et les valeurs

da and freedom of expression values I do not wish to be taken as advocating an inflexible “levels of scrutiny” categorization of expressive activity. The contextual approach necessitates an open discussion of the manner in which s. 2(b) values are engaged in the circumstances of an appeal. To become transfixed with categorization schemes risks losing the advantage associated with this sensitive examination of free expression principles, and I would be loath to sanction such a result.

Having made some preliminary comments as to the nature of the expression at stake in this appeal, it is now possible to ask whether s. 319(2) is an acceptably proportional response to Parliament’s valid objective. As stated above, the proportionality aspect of the *Oakes* test requires the Court to decide whether the impugned state action: i) is rationally connected to the objective; ii) minimally impairs the *Charter* right or freedom at issue; and iii) does not produce effects of such severity so as to make the impairment unjustifiable. I will now address these segments of the proportionality inquiry, beginning with the question of whether a rational connection exists between s. 319(2) and the legislative objective.

(ii) Rational Connection

Section 319(2) makes the wilful promotion of hatred against identifiable groups an indictable offence, indicating Parliament’s serious concern about the effects of such activity. Those who would uphold the provision argue that the criminal prohibition of hate propaganda obviously bears a rational connection to the legitimate Parliamentary objective of protecting target group members and fostering harmonious social relations in a community dedicated to equality and multiculturalism. I agree, for in my opinion it would be difficult to deny that the suppression of hate propaganda reduces the harm such expression does to individuals who belong to identifiable groups and to relations between various cultural and religious groups in Canadian society.

de la liberté d’expression, je ne souhaite pas que l’on pense que je préconise une classification rigide des «niveaux d’examen» de l’activité expressive. L’approche contextuelle exige une discussion ouverte de la manière dont entrent en jeu les valeurs de l’al. 2b) dans les circonstances d’un pourvoi. Se laisser paralyser par des systèmes de classification risque de faire perdre l’avantage découlant de l’examen souple des principes de la libre expression et je ne suis pas disposé à approuver un tel résultat.

Après ces observations préliminaires sur la nature de l’expression en cause en l’espèce, on peut maintenant se demander si le par. 319(2) a un degré acceptable de proportionnalité avec l’objectif valable du Parlement. Je le répète, la proportionnalité exigée par le critère formulé dans l’arrêt *Oakes* impose à la Cour de décider si l’acte contesté de l’État: (i) a un lien rationnel avec l’objectif visé; (ii) porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause garantis par la *Charte*; et (iii) ne produit pas des effets dont la gravité rend l’atteinte injustifiable. J’examine maintenant ces éléments de la proportionnalité en commençant par la question du lien rationnel entre le par. 319(2) et l’objectif législatif.

(ii) Le lien rationnel

Le paragraphe 319(2) fait de la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables un acte criminel, témoignant ainsi de la grande préoccupation du Parlement quant aux effets d’une telle activité. Les partisans du maintien de cette disposition font valoir que l’interdiction criminelle de la propagande haineuse a manifestement un lien rationnel avec l’objectif législatif légitime de protéger les membres du groupe cible et de favoriser des relations sociales harmonieuses au sein d’une collectivité qui croit fermement à l’égalité et au multiculturalisme. Je partage cet avis car, selon moi, on pourrait difficilement nier que la suppression de la propagande haineuse diminue les effets préjudiciables de cette expression sur les membres de groupes identifiables et sur les relations entre divers groupes culturels et religieux de la société canadienne.

Doubts have been raised, however, as to whether the actual effect of s. 319(2) is to undermine any rational connection between it and Parliament's objective. As stated in the reasons of McLachlin J., there are three primary ways in which the effect of the impugned legislation might be seen as an irrational means of carrying out the Parliamentary purpose. First, it is argued that the provision may actually promote the cause of hate-mongers by earning them extensive media attention. In this vein, it is also suggested that persons accused of intentionally promoting hatred often see themselves as martyrs, and may actually generate sympathy from the community in the role of underdogs engaged in battle against the immense powers of the state. Second, the public may view the suppression of expression by the government with suspicion, making it possible that such expression—even if it be hate propaganda—is perceived as containing an element of truth. Finally, it is often noted, citing the writings of A. Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (1979), that Germany of the 1920s and 1930s possessed and used hate propaganda laws similar to those existing in Canada, and yet these laws did nothing to stop the triumph of a racist philosophy under the Nazis.

If s. 319(2) can be said to have no impact in the quest to achieve Parliament's admirable objectives, or in fact works in opposition to these objectives, then I agree that the provision could be described as "arbitrary, unfair or based on irrational considerations" (*Oakes, supra*, at p. 139). I recognize that the effect of s. 319(2) is impossible to define with exact precision—the same can be said for many laws, criminal or otherwise. In my view, however, the position that there is no strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression is unconvincing. I come to this conclusion for a number of reasons, and will elucidate these by answering in turn the three arguments just mentioned.

On a toutefois soulevé des doutes quant à savoir si l'effet réel du par. 319(2) est de miner tout lien rationnel entre cette disposition et l'objectif du Parlement. Comme le dit le juge McLachlin dans ses motifs, l'effet de la disposition législative attaquée pourrait être considéré comme un moyen irrationnel d'atteindre l'objectif visé par le législateur, pour trois raisons principales. On soutient en premier lieu que cette disposition peut en fait promouvoir la cause des fomentateurs de haine en suscitant un grand intérêt dans les médias à leur égard. Dans ce même ordre d'idées, on prétend en outre que les personnes accusées de fomentation intentionnelle de la haine se voient souvent comme des martyrs et qu'elles peuvent même s'attirer la sympathie de la collectivité en raison du combat inégal qu'elles mènent contre les immenses pouvoirs de l'État. En deuxième lieu, le public pourrait regarder avec suspicion la suppression de l'expression par le gouvernement, ce qui ouvre la possibilité que cette expression—même s'il s'agit de propagande haineuse—soit perçue comme renfermant une part de vérité. En dernier lieu, on fait souvent remarquer, citant A. Neier, *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom* (1979), que l'Allemagne des années 20 et 30 possédait et appliquait des dispositions en matière de propagande haineuse semblables à celles existant au Canada qui n'ont pourtant pas empêché le triomphe d'une philosophie raciste sous les nazis.

Si l'on pouvait affirmer que le par. 319(2) ne favorise en rien la poursuite des objectifs admirables du Parlement, ou qu'en réalité il fait obstacle à ces objectifs, alors je conviendrais que cette disposition pourrait être décrite comme arbitraire, inéquitable ou fondée sur des considérations irrationnelles (*Oakes, précité*, à la p. 139). Je reconnais l'impossibilité de définir exactement l'effet du par. 319(2)—c'est le cas d'ailleurs d'un bon nombre de lois, pénales ou autres. Je tiens toutefois pour peu convaincante la prétention qu'il n'existe pas de lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et sa suppression. Plusieurs raisons m'amènent à cette conclusion et je me propose de les élucider en répondant tour à tour à chacun des arguments susmentionnés.

It is undeniable that media attention has been extensive on those occasions when s. 319(2) has been used. Yet from my perspective, s. 319(2) serves to illustrate to the public the severe reprobation with which society holds messages of hate directed towards racial and religious groups. The existence of a particular criminal law, and the process of holding a trial when that law is used, is thus itself a form of expression, and the message sent out is that hate propaganda is harmful to target group members and threatening to a harmonious society (see Rauf, *op. cit.*, at p. 359). As I stated in my reasons in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 70:

The criminal law is a very special form of governmental regulation, for it seeks to express our society's collective disapproval of certain acts and omissions.

The many, many Canadians who belong to identifiable groups surely gain a great deal of comfort from the knowledge that the hate-monger is criminally prosecuted and his or her ideas rejected. Equally, the community as a whole is reminded of the importance of diversity and multiculturalism in Canada, the value of equality and the worth and dignity of each human person being particularly emphasized.

In this context, it can also be said that government suppression of hate propaganda will not make the expression attractive and hence increase acceptance of its content. Similarly, it is very doubtful that Canadians will have sympathy for either propagators of hatred or their ideas. Governmental disapproval of hate propaganda does not invariably result in dignifying the suppressed ideology. Pornography is not dignified by its suppression, nor are defamatory statements against individuals seen as meritorious because the common law lends its support to their prohibition. Again, I stress my belief that hate propaganda legislation and trials are a means by which the values beneficial to a free and democratic society can be publicized. In this context, no dignity will be unwittingly foisted upon the convicted hate-monger or his or her philosophy, and that a hate-

Il est incontestable que les médias ont fait grand cas de toutes les affaires où le par. 319(2) a été invoqué. Selon mon point de vue, cependant, le par. 319(2) sert à montrer au public le profond sentiment de réprobation de la société à l'égard de messages haineux visant des groupes raciaux ou religieux. L'existence d'une règle particulière de droit criminel, ainsi que la tenue d'un procès où cette disposition est appliquée, constitue donc elle-même une forme d'expression, le message ainsi transmis étant que la propagande haineuse nuit aux membres du groupe cible et menace l'harmonie sociale (voir Rauf, *loc. cit.*, à la p. 359). Comme je le dis dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 70:

Le droit criminel constitue une forme très spéciale de réglementation gouvernementale, car il cherche à exprimer la désapprobation collective de notre société pour certains actes ou omissions.

Il est certainement très rassurant pour les Canadiens très nombreux qui appartiennent à des groupes identifiables de savoir que les fomentateurs de haine font l'objet de poursuites criminelles et que leurs idées sont rejetées. Est également rappelé à l'ensemble de la collectivité l'importance de la diversité et du multiculturalisme au Canada, l'accent étant placé particulièrement sur l'égalité et sur la valeur et la dignité de chaque être humain.

Dans ce contexte, on peut affirmer aussi que la suppression de la propagande haineuse par le gouvernement n'aura pas pour effet de rendre attrayant ce genre d'expression et d'augmenter ainsi l'acceptation de son contenu. De même, il est très douteux que les Canadiens aient de la sympathie pour les semeurs de haine ou pour leurs idées. La désapprobation gouvernementale de la propagande haineuse n'entraîne pas invariablement la valorisation de l'idéologie supprimée. La pornographie n'est pas valorisée par sa suppression, pas plus que les déclarations diffamatoires contre des personnes ne sont considérées comme méritoires parce que la common law prête son soutien à leur interdiction. Je souligne encore une fois ma conviction que la législation relative à la propagande haineuse et les procès sont des moyens de faire connaître les valeurs qui servent l'épanouissement d'une société

monger might see him or herself as a martyr is of no matter to the content of the state's message.

As for the use of hate propaganda laws in pre-World War Two Germany, I am skeptical as to the relevance of the observation that legislation similar to s. 319(2) proved ineffective in curbing the racism of the Nazis. No one is contending that hate propaganda laws can in themselves prevent the tragedy of a Holocaust; conditions particular to Germany made the rise of Nazi ideology possible despite the existence and use of these laws (see A. Doskow and S. B. Jacoby, "Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany" (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, at p. 509). Rather, hate propaganda laws are one part of a free and democratic society's bid to prevent the spread of racism, and their rational connection to this objective must be seen in such a context. Certainly West Germany has not reacted to the failure of pre-war laws by seeking their removal, a new set of criminal offences having been implemented as recently as 1985 (see E. Stein, "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other—'Lies'" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 277). Nor, as has been discussed, has the international community regarded the promulgation of laws suppressing hate propaganda as futile or counter-productive. Indeed, this Court's attention has been drawn to the fact that a great many countries possess legislation similar to that found in Canada (see, e.g., England and Wales, *Public Order Act 1986* (U.K.), 1986, c. 64, ss. 17 to 23; New Zealand, *Race Relations Act 1971* (N.Z.), No. 150, s. 25; Sweden, *Penal Code*, c. 16, s. 8; Netherlands, *Penal Code*, ss. 137c, 137d and 137e; India, *Penal Code*, ss. 153-A and 153-B, and generally, the United Nation's *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*). The experience of Germany represents an awful nadir in the history of racism, and demonstrates the extent to which flawed and brutal ideas can capture the acceptance of a significant number of people. One aspect

libre et démocratique. Dans ce contexte, ni la personne reconnue coupable de fomentation de la haine ni sa philosophie ne sont valorisées indirectement, et le fait que le fomentateur de haine puisse se voir comme un martyr est sans conséquence vis-à-vis du contenu du message de l'État.

Pour ce qui est du recours à des lois interdisant la propagande haineuse en Allemagne, avant la Seconde Guerre mondiale, je suis sceptique quant à la pertinence de l'observation selon laquelle des dispositions analogues au par. 319(2) ont été inefficaces pour contenir le racisme des nazis. Personne ne prétend que les lois interdisant la propagande haineuse peuvent par elles-mêmes prévenir une tragédie comme l'Holocauste; des conditions particulières à l'Allemagne ont rendu possible l'essor de l'idéologie nazie en dépit de l'existence et de l'application de ces lois (voir A. Doskow et S. B. Jacoby, «Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany» (1940), 3 *Contemporary Jewish Record* 498, à la p. 509). Par contre les lois en matière de propagande haineuse sont seulement un aspect des efforts d'une société libre et démocratique visant à empêcher la propagation du racisme et c'est dans ce contexte que doit être considéré le lien rationnel qu'elles peuvent avoir avec cet objectif. Certes, l'Allemagne de l'Ouest n'a pas réagi à l'échec des lois en vigueur avant la guerre en cherchant à les abolir et, en fait, une nouvelle série d'infractions criminelles a été créée aussi récemment qu'en 1985 (voir E. Stein, «History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz'—and other—«Lies»» (1987) 85 *Mich. L. Rev.* 277). De plus, comme je l'ai déjà signalé, la communauté internationale n'a pas considéré la promulgation de lois réprimant la propagande haineuse comme vaine ou néfaste aux objectifs visés. En fait, on a attiré l'attention de notre Cour sur le fait qu'il existe dans un grand nombre de pays des dispositions législatives analogues à celles que nous avons au Canada (voir, par exemple, Angleterre et Pays de Galles, *Public Order Act 1986* (R.-U.), 1986, ch. 64, art. 17 à 23; Nouvelle-Zélande, *Race Relations Act 1971* (N.-Z.), n° 150, art. 25; Suède, *Code pénal*, ch. 16, art. 8; Pays-Bas, *Code pénal*, art. 137c, 137d et 137e; Inde, *Code pénal*, art. 153-A et 153-B et, d'une manière générale, *l'Étude sur l'application de l'article 4 de la Con-*

of this experience is not, however, determinative in deciding whether or not hate propaganda laws are effective.

In sum, having found that the purpose of the challenged legislation is valid, I also find that the means chosen to further this purpose are rational in both theory and operation, and therefore conclude that the first branch of the proportionality test has been met. Accordingly, I move now to the issue of whether s. 319(2) minimally impairs the s. 2(b) guarantee of freedom of expression.

(iii) Minimal Impairment of the Section 2(b) Freedom

The criminal nature of the impugned provision, involving the associated risks of prejudice through prosecution, conviction and the imposition of up to two years imprisonment, indicates that the means embodied in hate propaganda legislation should be carefully tailored so as to minimize impairment of the freedom of expression. It therefore must be shown that s. 319(2) is a measured and appropriate response to the phenomenon of hate propaganda, and that it does not overly circumscribe the s. 2(b) guarantee.

The main argument of those who would strike down s. 319(2) is that it creates a real possibility of punishing expression that is not hate propaganda. It is thus submitted that the legislation is overbroad, its terms so wide as to include expression which does not relate to Parliament's objective, and also unduly vague, in that a lack of clarity and precision in its words prevents individuals from discerning its meaning with any accuracy. In either instance, it is said that the effect of s. 319(2) is to limit the expression of merely unpopular or unconventional communications. Such com-

vention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale des Nations Unies). L'expérience allemande représente ce que le racisme peut avoir de plus abominable et révèle jusqu'à quel point un nombre considérable de gens peuvent se laisser séduire par des idées fausses et brutales. Un seul aspect de cette expérience n'est toutefois pas déterminant quant à l'efficacité de lois interdisant la propagande haineuse.

En résumé, ayant décidé que la disposition législative contestée vise un objet légitime, j'estime en outre que les moyens choisis pour atteindre cet objet sont rationnels sur les plans tant théorique que pratique et je conclus en conséquence que le premier élément du critère de la proportionnalité est présent. Cela étant, je passe maintenant à la question de savoir si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b).

(iii) L'atteinte minimale à la liberté garantie par l'al. 2b)

Comme la disposition attaquée est de nature criminelle et qu'elle comporte des risques de préjudice résultant de poursuites, de déclarations de culpabilité et de peines maximales de deux ans d'emprisonnement, il faut que les moyens prévus dans cette disposition relative à la propagande haineuse soient soigneusement conçus de manière à porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Il faut donc démontrer que le par. 319(2) est une réaction mesurée et appropriée au phénomène de la propagande haineuse et qu'il ne restreint pas outre mesure la portée de la garantie énoncée à l'al. 2b).

Les partisans de l'invalidation du par. 319(2) font valoir principalement qu'il crée une possibilité réelle que soit punie une expression qui n'est pas de la propagande haineuse. On soutient que la portée de la disposition est excessive, ses termes étant assez larges pour comprendre une expression n'ayant aucun rapport avec l'objectif du Parlement, et qu'elle est en outre indûment vague en ce sens qu'à cause du manque de clarté et de précision dans son texte il est impossible d'en dégager le sens avec exactitude. Dans l'un et l'autre cas, on prétend que le par. 319(2) a pour effet de limiter

munications may present no risk of causing the harm which Parliament seeks to prevent, and will perhaps be closely associated with the core values of s. 2(b). This overbreadth and vagueness could consequently allow the state to employ s. 319(2) to infringe excessively the freedom of expression or, what is more likely, could have a chilling effect whereby persons potentially within s. 319(2) would exercise self-censorship. Accordingly, those attacking the validity of s. 319(2) contend that vigorous debate on important political and social issues, so highly valued in a society that prizes a diversity of ideas, is unacceptably suppressed by the provision.

The question to be answered, then, is whether s. 319(2) indeed fails to distinguish between low value expression that is squarely within the focus of Parliament's valid objective and that which does not invoke the need for the severe response of criminal sanction. In order to answer this question, and thus to determine whether s. 319(2) minimally impairs the freedom of expression, the nature and impact of specific features of the provision must be examined in some detail. These features relate to both the terms of the offence and the available defences enumerated in s. 319(3), and I find it convenient to utilize this slightly arbitrary division for the purposes of the following discussion. As well, in examining this aspect of the proportionality test I will comment upon the relevance of alternative modes of combatting the harm caused by hate propaganda.

a. *Terms of Section 319(2)*

In assessing the constitutionality of s. 319(2), especially as concerns arguments of overbreadth and vagueness, an immediate observation is that statements made "in private conversation" are not included in the criminalized expression. The provision thus does not prohibit views expressed with an intention to promote hatred if made privately, indicating Parliament's concern not to intrude upon the privacy of the individual. Indeed, that the

l'expression d'idées qui ne sont qu'impopulaires ou non conformistes. Il se peut que de telles communications ne présentent aucun risque d'occasionner le préjudice que le législateur cherche à prévenir et soient étroitement liées aux valeurs se trouvant au cœur de l'al. 2b). Cette portée trop large et cette imprécision pourraient en conséquence permettre à l'État d'avoir recours au par. 319(2) pour porter une atteinte excessive à la liberté d'expression ou, plus vraisemblablement, elles pourraient avoir un effet paralysant de sorte que des personnes pouvant tomber sous le coup du par. 319(2) se soumettraient à l'autocensure. Ceux qui contestent la validité du par. 319(2) font donc valoir que cette disposition supprime d'une manière inacceptable ce débat vif sur les grandes questions politiques et sociales auquel une société qui chérit la diversité des idées attache tant d'importance.

La question qui demande réponse est donc de savoir si le par. 319(2) ne fait vraiment pas de distinction entre l'expression de peu de valeur qui relève carrément de l'objectif valable visé par le législateur fédéral et l'expression qui n'appelle pas la réaction sévère d'une sanction pénale. Pour y répondre et donc pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression, il faut entreprendre un examen assez approfondi de la nature et de l'effet de certaines particularités de cette disposition. Ces particularités se rapportent aussi bien à l'énoncé de l'infraction qu'aux moyens de défense énumérés au par. 319(3), et il convient, selon moi, de se servir de cette division un peu arbitraire aux fins de l'analyse qui suit. En outre, dans mon étude de cet élément du critère de proportionnalité, je traiterai de la pertinence d'autres méthodes pour combattre le préjudice causé par la propagande haineuse.

a. *Le texte du par. 319(2)*

En examinant la constitutionnalité du par. 319(2), particulièrement en ce qui concerne les arguments relatifs à la portée excessive et à l'imprécision, on voit immédiatement que les déclarations faites «dans une conversation privée» ne sont pas comprises dans l'expression criminalisée. Cette disposition n'interdit pas les opinions exprimées avec l'intention de fomenter la haine si elles sont faites en privé, et cela indique que le Parlement

legislation excludes private conversation, rather than including communications made in a public forum, suggests that the expression of hatred in a place accessible to the public is not sufficient to activate the legislation (see Fish, *op. cit.*, at p. 115). This observation is supported by comparing the words of s. 319(2) with those of the prohibition against the incitement of hatred likely to lead to a breach of peace in s. 319(1). Section 319(1) covers statements communicated "in any public place", suggesting that a wider scope of prohibition was intended where the danger occasioned by the statements was of an immediate nature, while the wording of s. 319(2) indicates that private conversations taking place in public areas are not prohibited. Moreover, it is reasonable to infer a subjective *mens rea* requirement regarding the type of conversation covered by s. 319(2), an inference supported by the definition of "private communication" contained in s. 183 of the *Criminal Code*. Consequently, a conversation or communication intended to be private does not satisfy the requirements of the provision if through accident or negligence an individual's expression of hatred for an identifiable group is made public.

Is s. 319(2) nevertheless overbroad because it captures all public expression intended to promote hatred? It would appear not, for the harm which the government seeks to prevent is not restricted to certain mediums and/or locations. To attempt to distinguish between various forms and fora would therefore be incongruent with Parliament's legitimate objective.

A second important element of s. 319(2) is its requirement that the promotion of hatred be "wilful". The nature of this mental element was explored by Martin J.A. in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.). In that case, the two accused were charged under s. 319(2) (then s. 281.2(2)), after distributing handbills containing statements attacking the

s'est attaché à ne pas violer la vie privée des particuliers. En réalité, le fait que la disposition exclut la conversation privée au lieu d'inclure les communications faites dans un forum public porte à croire que l'expression de la haine dans un endroit accessible au public ne suffit pas pour provoquer l'application de la disposition (voir Fish, *loc. cit.*, à la p. 115). Cette observation est étayée par une comparaison du texte du par. 319(2) avec celui de l'interdiction, énoncée au par. 319(1), de l'incitation à la haine lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Le paragraphe 319(1) vise les déclarations communiquées «en un endroit public», ce qui indique qu'une interdiction de portée plus large était envisagée là où le danger présenté par les déclarations avait un caractère immédiat, tandis qu'il se dégage du par. 319(2) que les conversations privées dans des endroits publics ne sont pas frappées d'interdiction. De plus, il est raisonnable d'inférer l'existence d'une exigence subjective de *mens rea* à l'égard du type de conversation visé au par. 319(2), inférence appuyée par la définition de l'expression «communication privée» à l'art. 183 du *Code criminel*. Par conséquent, une conversation ou une communication qui se veut privée ne satisfait pas aux exigences de la disposition en cause si, accidentellement ou par négligence, l'expression par un individu de sa haine envers un groupe identifiable est rendue publique.

Le paragraphe 319(2) a-t-il néanmoins une portée excessive du fait qu'il englobe toute expression publique destinée à fomenter la haine? Il semble que non, car le préjudice que le gouvernement cherche à prévenir ne se limite pas à certains moyens de communication ni à certains endroits. Toute tentative de distinction selon la forme ou le lieu serait donc inconciliable avec l'objectif légitime du Parlement.

Un deuxième élément important du par. 319(2) est son exigence que la fomentation de la haine soit «volontaire». La nature de cet élément moral a été examinée par le juge Martin dans l'affaire *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, les deux accusés avaient été inculpés en vertu du par. 319(2) (alors le par. 281.2(2)) après avoir distribué des

French Canadian public in Essex County. At the time, the francophone minority in the county was attempting to have the school board build a French language secondary school. The accused persons identified with French-speaking Canadians and were responding to opposition to the construction of the school. According to them, the pamphlet was intended as a satire that would bring a quick solution by provoking government reaction, thereby exerting pressure on the school board, but in spite of this explanation a conviction was entered at trial.

On appeal, Martin J.A. overturned the conviction. He noted that the word "wilfully" does not have a fixed meaning in criminal law, and thus sought to divine the use and import of the word as it appears in s. 319(2) (pp. 379-81). Comparing the section with s. 319(1) (then s. 281.2(1)), which prohibits incitement to hatred in a public place where such incitement is likely to lead to a breach of peace, he said (at pp. 381-82):

The insertion of the word "wilfully" in [s. 319(2)] was not necessary to import *mens rea* since that requirement would be implied in any event because of the serious nature of the offence: see *R. v. Prue, supra*. The statements, the communication of which are proscribed by [s. 319(2)], are not confined to statements communicated in a public place in circumstances likely to lead to a breach of the peace and they, consequently, do not pose such an immediate threat to public order as those falling under [s. 319(1)]; it is reasonable to assume, therefore, that Parliament intended to limit the offence under [s. 319(2)] to the intentional promotion of hatred. It is evident that the use of the word "wilfully" in [s. 319(2)], and not in [s. 319(1)], reflects Parliament's policy to strike a balance in protecting the competing social interests of freedom of expression on the one hand, and public order and group reputation on the other hand.

More specifically, Martin J.A. went on to elaborate on the meaning of "wilfully", concluding that this mental element is satisfied only where an accused subjectively desires the promotion of hatred or foresees such a consequence as certain or substantially certain to result from an act done in

tracts contenant des déclarations attaquant les Canadiens français du comté d'Essex. À l'époque en question, la minorité francophone du comté tentait de faire construire par le conseil scolaire une école secondaire de langue française. Les accusés s'identifiaient aux Canadiens français et réagissaient à l'opposition suscitée par la construction de l'école. D'après eux, le tract se voulait satirique et visait à amener une solution rapide en provoquant une réaction de la part du gouvernement et en exerçant ainsi une pression sur le conseil scolaire. Malgré cette explication, ils ont été déclarés coupables au procès.

En appel, le juge Martin a annulé la déclaration de culpabilité. Il a fait remarquer que le sens du mot «volontairement» n'est pas figé en droit criminel et a donc tenté de déterminer la signification qu'il pouvait avoir au par. 319(2) (pp. 379 à 381). Comparant cette disposition avec le par. 319(1) (alors le par. 281.2(1)), qui interdit l'incitation à la haine dans un endroit public lorsque cette incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, il dit, aux pp. 381 et 382:

[TRADUCTION] L'insertion du mot «volontairement» au [par. 319(2)] n'était pas nécessaire pour poser une exigence de *mens rea* parce que de toute façon cette exigence existerait implicitement en raison de la gravité de l'infraction: voir la décision *R. v. Prue*, précitée. Les déclarations dont la communication est proscriée par le [par. 319(2)] ne se bornent pas à celles faites dans un endroit public et dans des circonstances susceptibles d'entraîner une violation de la paix et elles ne posent pas en conséquence une menace aussi immédiate pour l'ordre public que celles visées au [par. 319(1)]. Il est donc raisonnable de supposer que l'intention du Parlement était de limiter à la fomentation volontaire de la haine l'infraction prévue au [par. 319(2)]. Il est évident que l'emploi du mot «volontairement» au [par. 319(2)] et non au [par. 319(1)] reflète la politique du législateur d'établir un équilibre en protégeant les intérêts sociaux opposés que sont la liberté d'expression, d'une part, et l'ordre public et la bonne réputation d'un groupe, d'autre part.

Plus précisément, le juge Martin explique ensuite, plus en détail, le sens du mot «volontairement», concluant que cet élément moral n'existe que lorsque l'accusé souhaite la fomentation de haine ou prévoit qu'elle résultera certainement ou presque certainement d'un acte accompli en vue

order to achieve some other purpose (pp. 384-85). On the facts in *Buzzanga*, the trial judge had informed the jury that “wilfully” could be equated with the intention to create “controversy, furor and an uproar” (p. 386). This interpretation was clearly incompatible with Martin J.A.’s requirement that the promotion of hatred be intended or foreseen as substantially certain, and a new trial was therefore ordered.

The interpretation of “wilfully” in *Buzzanga* has great bearing upon the extent to which s. 319(2) limits the freedom of expression. This mental element, requiring more than merely negligence or recklessness as to result, significantly restricts the reach of the provision, and thereby reduces the scope of the targeted expression. Such a reduced scope is recognized and applauded in the Law Reform Commission of Canada’s Working Paper on Hate Propaganda, *op. cit.*, it being said that (at p. 36):

The principle of restraint requires lawmakers to concern themselves not just with whom they want to catch, but also with whom they do not want to catch. For example, removing an intent or purpose requirement could well result in successful prosecutions of cases similar to *Buzzanga*, where members of a minority group publish hate propaganda against their own group in order to create controversy or to agitate for reform. This crime should not be used to prosecute such individuals.

I agree with the interpretation of “wilfully” in *Buzzanga*, and wholeheartedly endorse the view of the Law Reform Commission Working Paper that this stringent standard of *mens rea* is an invaluable means of limiting the incursion of s. 319(2) into the realm of acceptable (though perhaps offensive and controversial) expression. It is clear that the word “wilfully” imports a difficult burden for the Crown to meet and, in so doing, serves to minimize the impairment of freedom of expression.

It has been argued, however, that even a demanding *mens rea* component fails to give s.

d’atteindre un autre but (pp. 384 et 385). Dans l’affaire *Buzzanga*, le juge du procès avait informé le jury que le mot «volontairement» pouvait être considéré comme équivalant à l’intention de causer [TRADUCTION] «une controverse, un esclandre et un tollé» (p. 386). Cette interprétation était visiblement incompatible avec l’exigence du juge Martin que la fomentation de la haine soit intentionnelle ou qu’elle soit prévue comme presque certaine. Par conséquent, la tenue d’un nouveau procès a été ordonnée.

L’interprétation donnée au mot «volontairement» dans l’affaire *Buzzanga* influe beaucoup sur la portée de la restriction de la liberté d’expression par le par. 319(2). Cet élément moral, qui nécessite davantage que simplement la négligence ou l’indifférence quant aux conséquences, restreint considérablement la portée de la disposition et réduit par le fait même celle de l’expression visée. Cette réduction de portée est reconnue et applaudie par la Commission de réforme du droit du Canada dans son document de travail sur la propagande haineuse, *op. cit.*, à la p. 41:

Le principe de la modération exige que le législateur s’intéresse non seulement aux comportements qu’il veut réprimer mais aussi à ceux qu’il ne veut pas réprimer. Il se peut fort bien, par exemple, que l’abandon de l’exigence de l’intention permette que des poursuites soient intentées avec succès dans des cas similaires à l’affaire *Buzzanga* dans laquelle un groupe minoritaire avait publié de la propagande haineuse contre lui-même en vue de susciter la controverse ou de provoquer une réforme. Cette infraction ne devrait pas être invoquée pour poursuivre de tels individus.

J’approuve la façon dont le mot «volontairement» a été interprété dans l’affaire *Buzzanga* et je souscris entièrement à l’avis, exprimé dans le document de travail de la Commission de réforme du droit, que cette norme sévère en matière de *mens rea* est un moyen inestimable de limiter toute incursion par le par. 319(2) dans le domaine de l’expression acceptable (quoique, peut-être, offensante et controversée). Il est évident que le mot «volontairement» impose au ministère public un lourd fardeau de preuve et permet de réduire au minimum les atteintes à la liberté d’expression.

On a toutefois soutenu que même une exigence sévère de *mens rea* ne donne pas au par. 319(2)

319(2) a constitutionally acceptable breadth. The problem is said to lie in the failure of the offence to require proof of actual hatred resulting from a communication, the assumption being that only such proof can demonstrate a harm serious enough to justify limiting the freedom of expression under s. 1. It was largely because of this lack of need for proof of actual hatred that Kerans J.A. in the Court of Appeal held s. 319(2) to violate the *Charter*.

While mindful of the dangers identified by Kerans J.A., I do not find them sufficiently grave to compel striking down s. 319(2). First, to predicate the limitation of free expression upon proof of actual hatred gives insufficient attention to the severe psychological trauma suffered by members of those identifiable groups targeted by hate propaganda. Second, it is clearly difficult to prove a causative link between a specific statement and hatred of an identifiable group. In fact, to require direct proof of hatred in listeners would severely debilitate the effectiveness of s. 319(2) in achieving Parliament's aim. It is well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms, a leading example being the drinking and driving provisions in the *Criminal Code*. The conclusions of the Cohen Committee and subsequent study groups show that the risk of hatred caused by hate propaganda is very real, and in view of the grievous harm to be avoided in the context of this appeal, I conclude that proof of actual hatred is not required in order to justify a limit under s. 1.

The next feature of the provision that must be explored is the phrase "promotes hatred against any identifiable group". Given the purpose of the provision to criminalize the spreading of hatred in society, I find that the word "promotes" indicates active support or instigation. Indeed the French version of the offence uses the verb "*fomenter*", which in English means to foment or stir up. In "promotes" we thus have a word that indicates

une portée acceptable du point de vue constitutionnel. Le problème, dit-on, réside dans le fait que l'infraction n'exige pas la preuve que la communication a effectivement engendré la haine, l'argument étant que seule une telle preuve permet d'établir un préjudice assez grave pour justifier la restriction de la liberté d'expression en vertu de l'article premier. C'est surtout parce qu'il n'exige pas cette preuve de la haine effectivement engendrée que le juge Kerans a conclu en Cour d'appel que le par. 319(2) viole la *Charte*.

Quoique conscient des dangers évoqués par le juge Kerans, je ne les estime pas assez graves pour exiger l'invalidation du par. 319(2). Premièrement, faire reposer la restriction de la liberté d'expression sur la preuve de l'existence d'une haine effective c'est ne pas tenir adéquatement compte du grave traumatisme psychologique subi par les membres des groupes identifiables visés par la propagande haineuse. Deuxièmement, il est manifestement difficile d'établir l'existence d'un lien causal entre une déclaration donnée et la haine pour un groupe identifiable. En fait, exiger la preuve directe de la haine chez les auditeurs compromettrait sérieusement l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre le but du Parlement. Il est généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves, l'un des principaux exemples étant les dispositions du *Code criminel* relatives à l'ivresse au volant. Les conclusions du comité Cohen et de groupes d'étude ultérieurs démontrent que le risque que la propagande haineuse engendre la haine est très réel et, vu la gravité du préjudice à éviter dans le contexte du présent pourvoi, je conclus que la preuve d'une haine effective n'est pas nécessaire pour justifier une restriction en vertu de l'article premier.

Une autre particularité de l'article en cause qui doit retenir notre attention ensuite est l'expression «fomente [. . .] la haine contre un groupe identifiable». Étant donné que la disposition vise à criminaliser la dissémination de la haine au sein de la collectivité, j'estime que le mot «fomente» qui signifie «susciter ou attiser un sentiment ou une action néfaste» exprime le soutien actif ou l'instigation. Le verbe anglais «*promotes*» comporte donc

more than simple encouragement or advancement. The hate-monger must intend or foresee as substantially certain a direct and active stimulation of hatred against an identifiable group. As for the term “identifiable group”, s. 318(4) states that an ““identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin”. The act to be targeted is therefore the intentional fostering of hatred against particular members of our society, as opposed to any individual.

The meaning of “hatred” remains to be elucidated. Just as “wilfully” must be interpreted in the setting of s. 319(2), so must the word “hatred” be defined according to the context in which it is found. A dictionary definition may be of limited aid to such an exercise, for by its nature a dictionary seeks to offer a panoply of possible usages, rather than the correct meaning of a word as contemplated by Parliament. Noting the purpose of s. 319(2), in my opinion the term “hatred” connotes emotion of an intense and extreme nature that is clearly associated with vilification and detestation. As Cory J.A. stated in *R. v. Andrews*, *supra*, at p. 179:

Hatred is not a word of casual connotation. To promote hatred is to instil detestation, enmity, ill-will and malevolence in another. Clearly an expression must go a long way before it qualifies within the definition in [s. 319(2)].

Hatred is predicated on destruction, and hatred against identifiable groups therefore thrives on insensitivity, bigotry and destruction of both the target group and of the values of our society. Hatred in this sense is a most extreme emotion that belies reason; an emotion that, if exercised against members of an identifiable group, implies that those individuals are to be despised, scorned, denied respect and made subject to ill-treatment on the basis of group affiliation.

Those who argue that s. 319(2) should be struck down submit that it is impossible to define with care and precision a term like “hatred”. Yet, as I

d'avantage que simplement encourager ou favoriser. Le fomentateur de la haine doit avoir l'intention d'exciter directement et activement la haine contre un groupe identifiable ou prévoir cette conséquence comme presque certaine. Pour ce qui est de l'expression «groupe identifiable», le par. 318(4) dit qu'elle «désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique». L'acte proscrit est donc l'instigation volontaire de la haine contre des membres particuliers de notre société, par opposition à un individu.

Il reste à élucider le sens du mot «haine». Comme le terme «volontairement» doit s'interpréter dans le contexte du par. 319(2), de même le mot «haine» est à définir en fonction de son contexte. Le recours aux dictionnaires peut être de peu de secours dans cet exercice, car de par sa nature un dictionnaire cherche à présenter un ensemble d'usages possibles plutôt que le sens exact d'un mot tel que l'envisage le législateur. Compte tenu de l'objet du par. 319(2), j'estime que le mot «haine» désigne une émotion à la fois intense et extrême qui est clairement associée à la calomnie et à la détestation. Comme le dit le juge Cory de la Cour d'appel dans l'arrêt *R. c. Andrews*, précité, à la p. 179:

[TRADUCTION] Le mot «haine» n'a pas une connotation anodine. Fomentier la haine c'est insuffler à autrui la détestation, l'inimitié, le mauvais vouloir et la malveillance. De toute évidence, l'expression doit aller très loin pour remplir les exigences de la définition du [par. 319(2)].

La haine suppose la destruction et il s'ensuit que la haine contre des groupes identifiables se nourrit de l'insensibilité, du sectarisme et de la destruction tant du groupe cible que des valeurs propres à notre société. La haine prise dans ce sens représente une émotion très extrême à laquelle la raison est étrangère; une émotion qui, si elle est dirigée contre les membres d'un groupe identifiable, implique que ces personnes doivent être méprisées, dédaignées, maltraitées et vilipendées, et ce, à cause de leur appartenance à ce groupe.

Ceux qui préconisent l'invalidation du par. 319(2) allèguent l'impossibilité de donner une définition exacte et précise d'un terme comme «haine».

have stated, the sense in which "hatred" is used in s. 319(2) does not denote a wide range of diverse emotions, but is circumscribed so as to cover only the most intense form of dislike. It was also argued on appeal, however, that regardless of the definition given "hatred" by the courts, the trier of fact must make a subjective decision in deciding whether "hatred" is indeed what the accused intended to promote. To determine if the promotion of hatred was intended, the trier will usually make an inference as to the necessary *mens rea* based upon the statements made. The subjective nature of this inferential exercise is said to create a danger that hatred of the type required by s. 319(2) will be found, though unjustifiably, in every instance where the trier dislikes or finds offensive the content of the accused's statements.

The danger that a trier will improperly infer hatred from statements he or she personally finds offensive cannot be dismissed lightly, yet I do not think that the subjectivity inherent in determining whether the accused intended to promote hatred, as opposed to an emotion involving a lesser degree of antipathy, represents an unbridled license to extend the scope of the offence. Recognizing the need to circumscribe the definition of "hatred" in the manner referred to above, a judge should direct the jury (or him or herself) regarding the nature of the term as it exists in s. 319(2). Such a direction should include express mention of the need to avoid finding that the accused intended to promote hatred merely because the expression is distasteful. If such a warning is given, the danger referred to above will be avoided and the freedom of expression limited no more than is necessary.

b. *The Defences to Section 319(2)*

The factors mentioned above suggest that s. 319(2) does not unduly restrict the s. 2(b) guarantee. The terms of the offence, as I have defined them, rather indicate that s. 319(2) possesses definitional limits which act as safeguards to ensure

Pourtant, comme je l'ai déjà dit, le mot «haine» est employé au par. 319(2) dans une acception qui ne dénote pas un vaste ensemble d'émotions différentes, mais se limite à la forme la plus intense de l'aversion. On a également fait valoir en appel, cependant, qu'indépendamment de la définition donnée par les tribunaux au mot «haine», c'est une décision subjective que doit prendre le juge des faits qui décide si l'accusé a réellement eu l'intention de fomenter la «haine». Pour les fins de cette décision le juge des faits, se fondant sur les déclarations en question, fait normalement une inférence quant à la *mens rea* requise. Or, on prétend que la nature subjective de cette inférence fait naître le danger que le juge des faits ne conclue, quoique sans justification, à l'existence d'une haine du type prévu au par. 319(2) chaque fois qu'il désapprouve ou tient pour offensant le contenu des déclarations de l'accusé.

On ne peut écarter à la légère le danger qu'un juge des faits décide à tort que la haine doit être inférée de déclarations que, personnellement, il trouve offensantes. Pourtant je ne crois pas que la subjectivité inhérente à la décision relative à l'intention de l'accusé de fomenter la haine, par opposition à une émotion comportant un degré moindre d'aversion, représente une autorisation illimitée d'élargir la portée de l'infraction. Reconnaisant la nécessité de circonscrire la définition du mot «haine» de la manière exposée ci-dessus, un juge devrait donner au jury des directives concernant la nature de ce terme dans le contexte du par. 319(2) (ou en prendre lui-même conscience). Il devrait mentionner expressément dans ses directives la nécessité de se garder de prêter à l'accusé l'intention de fomenter la haine simplement parce que l'expression est déplaisante. Si la mise en garde est faite, on évitera le danger déjà évoqué et la restriction imposée à la liberté d'expression ne dépassera pas les bornes de ce qui est nécessaire.

b. *Les moyens de défense opposables au par. 319(2)*

Il ressort des facteurs susmentionnés que le par. 319(2) ne restreint pas indûment la garantie prévue à l'al. 2b). Les conditions de l'infraction, telles que je les ai définies, indiquent plutôt que le par. 319(2) comporte une définition restrictive qui

that it will capture only expressive activity which is openly hostile to Parliament's objective, and will thus attack only the harm at which the prohibition is targeted. The specific defences provided are further glosses on the purview of the offence, and I repeat them here.

319. ...

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

A careful reading of the s. 319(3) defences shows them to take in examples of expressive activity that generally would not fall within the "wilful promotion of hatred" as I have defined the phrase. Thus the three defences which include elements of good faith or honest belief—namely, s. 319(3)(b), (c) and (d)—would seem to operate to negate directly the *mens rea* in the offence, for only rarely will one who intends to promote hatred be acting in good faith or upon honest belief. These defences are hence intended to aid in making the scope of the wilful promotion of hatred more explicit; individuals engaging in the type of expression described are thus given a strong signal that their activity will not be swept into the ambit of the offence. The result is that what danger exists that s. 319(2) is overbroad or unduly vague, or will be perceived as such, is significantly reduced. To the extent that s. 319(3) provides justification for the accused who would otherwise fall within the parameters of the offence of wilfully promoting hatred, it reflects a commitment to the idea that an individual's freedom of expression will not be curtailed in borderline cases. The line between the rough and tumble of public debate and brutal, negative and damaging attacks upon iden-

assure qu'il ne touchera qu'une activité expressive qui s'oppose ouvertement à l'objectif visé par le législateur et vise donc uniquement le mal qui fait l'objet de l'interdiction. Je cite de nouveau les moyens de défense expressément prévus, qui précisent davantage la portée de l'infraction:

319. ...

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

Il se dégage d'une lecture attentive des moyens de défense prévus au par. 319(3) qu'ils englobent des types d'activité expressive qui ne relèveraient pas en règle générale de la «fomentation volontaire de la haine», selon ma définition de cette expression. Ainsi, les trois moyens de défense qui comportent des éléments de bonne foi ou de croyance sincère, savoir les al. 319(3)b, c) et d), semblent jouer de manière à écarter directement la *mens rea* requise pour l'infraction, car rares sont les cas où une personne qui a l'intention de fomenter la haine agit de bonne foi ou est mue par une croyance sincère. Ces moyens de défense servent donc à aider à préciser de façon plus explicite la portée de la fomentation volontaire de la haine; ils indiquent clairement aux personnes se livrant au genre d'expression ainsi décrite que cette activité échappe à la portée de l'infraction. Il en résulte une diminution appréciable du danger, s'il en est, que le par. 319(2) soit de portée trop large ou démesurément vague, ou qu'il soit ainsi perçu. Pour autant qu'il justifie l'accusé dont l'activité, autrement, serait visée par l'infraction de fomentation volontaire de la haine, le par. 319(3) traduit la volonté de ne pas restreindre la liberté d'expression d'un particulier dans des cas limites. La ligne de démarcation entre

tifiable groups is hence adjusted in order to give some leeway to freedom of expression.

The overlap between s. 319(2) and the defences is less pronounced in the case of the defence of truth, s. 319(3)(a) being more likely than the other defences to excuse the wilful promotion of hatred. This increased likelihood reveals the defence in para. (a) to be an especially poignant indicator of Parliament's cautious approach and care in protecting freedom of expression. Of course, if statements of truth are made without the intention to promote hatred towards identifiable groups, the offence as defined in s. 319(2) has not been committed. On the other hand, if a situation arises where an individual uses statements of truth in order to promote hatred against identifiable groups, the accused is acquitted despite the existence of the harm which Parliament seeks to prevent. Excusing the accused who intentionally promotes hatred through the communication of truthful statements is thus a circumspect measure associated with the importance attributed to truth—and hence to free expression—in our society.

It has been forcefully argued before us that the defence of truth is insufficient protection against an overly broad hate propaganda law. In this vein, it is rightly pointed out that many (if not most) of the communications coming within s. 319(2) are not susceptible to a true/false categorization, existing instead as ideas or opinions in the mind of the communicator. The accused could therefore sincerely believe in the worth of his or her viewpoint and yet be unable to utilize the s. 319(3)(a) defence. Moreover, it is said that, even where a statement is capable of categorization as true or false, the individual honestly mistaken as to the validity of his or her position (even if innocently so) is left unprotected, a result which dangerously restricts freedom of expression, causing a "chill" on communications as those who fear that their statements may be false exercise self-censorship. Finally, one might wonder if the courts are not on

les heurts d'un débat public et les attaques brutales, négatives et préjudiciables contre des groupes identifiables est donc ajustée de manière à laisser une certaine latitude pour l'exercice de la liberté d'expression.

Le recoupement entre le par. 319(2) et les moyens de défense est moins marqué dans le cas de la défense de vérité, et la raison en est qu'il est plus probable que la fomentation volontaire de la haine soit excusée par l'al. 319(3)a) que par les autres moyens de défense. Cette probabilité accrue fait du moyen de défense prévu à l'al. a) une indication particulièrement frappante de la prudence et du soin qu'a apportés le Parlement à la protection de la liberté d'expression. Bien sûr, si l'on fait des déclarations vraies sans l'intention de fomenter la haine envers des groupes identifiables, il n'y a pas d'infraction au sens du par. 319(2). Par ailleurs, s'il se présente une situation dans laquelle un individu se sert de déclarations vraies pour fomenter la haine contre des groupes identifiables, l'accusé est acquitté malgré l'existence du mal que le législateur cherche à prévenir. Excuser l'accusé qui fomente intentionnellement la haine par la communication de déclarations vraies est donc une mesure de prudence tenant à l'importance donnée à la vérité et, partant, à la liberté d'expression, dans notre société.

On a soutenu énergiquement devant nous que le moyen de défense de véracité est une protection insuffisante contre une disposition en matière de propagande haineuse dont la portée est trop large. Dans cet ordre d'idées, on signale à juste titre qu'un bon nombre (sinon la majorité) des communications relevant du par. 319(2) ne se prêtent pas à une classification vrai-faux, car il s'agit d'idées ou d'opinions dans l'esprit de la personne qui communique. L'accusé pourrait donc croire sincèrement à la valeur de son point de vue tout en étant dans l'impossibilité de se prévaloir du moyen de défense accordé par l'al. 319(3)a). On prétend en outre que, même lorsqu'une déclaration peut être qualifiée de vraie ou de fausse, la personne qui se trompe en toute bonne foi sur la légitimité de sa position (même si cette personne est innocente) est laissée sans protection, ce qui restreint dangereusement la liberté d'expression par l'effet «paralysant»

dangerous ground in attempting to distinguish between truthfulness and falsehood. The potential for bias in making such a determination, be it intentional or subconscious, is a danger frequently noted in freedom of expression theory (this potential is equally evident in s. 319(3)(c), in so far as ideas are assessed in light of “reasonableness” and the “public benefit”).

The way in which I have defined the s. 319(2) offence, in the context of the objective sought by society and the value of the prohibited expression, gives me some doubt as to whether the *Charter* mandates that truthful statements communicated with an intention to promote hatred need be excepted from criminal condemnation. Truth may be used for widely disparate ends, and I find it difficult to accept that circumstances exist where factually accurate statements can be used for no other purpose than to stir up hatred against a racial or religious group. It would seem to follow that there is no reason why the individual who intentionally employs such statements to achieve harmful ends must under the Charter be protected from criminal censure.

Nevertheless, it is open to Parliament to make a concession to free expression values, whether or not such is required by the *Charter*. Deference to truth as a value central to free expression has thus led Parliament to include the defence in s. 319(3)(a), even though the accused has used truthful statements to cause harm of the type falling squarely within the objective of the legislation. When the statement contains no truth, however, this flicker of justification for the intentional promotion of hatred is extinguished, and the harmful malice of the disseminator stands alone. The relationship between the value of hate propaganda as expression and the Parliamentary objective of eradicating harm, slightly altered so as to increase the magnitude of the former where the statement of the accused is truthful, thus returns to its more

qu'elle peut avoir sur ceux qui exercent l'autocensure parce qu'ils craignent que leurs déclarations soient fausses. En dernier lieu, on peut se demander si les tribunaux ne s'aventurent pas sur un terrain dangereux en tentant de distinguer entre le vrai et le faux. Le risque de partialité, qu'elle soit intentionnelle ou subconsciente, dans une telle décision est un danger fréquemment mentionné par les théoriciens de la liberté d'expression (ce risque se manifeste également à l'al. 319(3)c dans la mesure où les idées sont appréciées en fonction du caractère «raisonnable» et de l'«intérêt du public»).

^c Vu ma définition de l'infraction prévue au par. 319(2), dans le contexte de l'objectif visé par la société et de la valeur de l'expression interdite, j'ai quelques doutes sur la question de savoir si la *Charte* exige que des déclarations véridiques communiquées avec l'intention de fomenter la haine échappent à la condamnation criminelle. La vérité peut servir aux fins les plus diverses, et j'ai de la difficulté à accepter qu'il existe des circonstances dans lesquelles des déclarations conformes aux faits puissent être utilisées à la seule fin de fomenter la haine contre un groupe racial ou religieux. Il semble donc en découler qu'il n'y a aucune raison qu'un individu, qui utilise intentionnellement de telles déclarations à des fins préjudiciables, bénéficie en vertu de la Charte d'une protection contre les sanctions criminelles.

^e Il est néanmoins loisible au Parlement de faire une concession aux valeurs de la libre expression, que la *Charte* le commande ou non. Le respect de la vérité en tant que valeur essentielle à la liberté d'expression a donc amené le législateur fédéral à prévoir le moyen de défense énoncé à l'al. 319(3)a, même si l'accusé s'est servi de déclarations vraies pour causer un préjudice d'un type qui relève nettement de l'objet visé par la disposition en cause. Quand une déclaration ne renferme aucun élément de vérité, cependant, cette étincelle de justification pour la fomentation intentionnelle de la haine s'éteint et il ne reste alors que la malveillance pernicieuse de son auteur. Le rapport entre la valeur de la propagande haineuse en tant qu'expression et l'objectif du législateur d'éliminer le mal, légèrement modifié pour donner à la pre-

usual condition, a condition in which it is permissible to suppress the expression.

Because the presence of truth, though legally a defence to a charge under s. 319(2), does not change the fact that the accused has intended to promote the hatred of an identifiable group, I cannot find excessive impairment of the freedom of expression merely because s. 319(3)(a) does not cover negligent or innocent error. Whether or not a statement is susceptible to classification as true or false, my inclination is therefore to accept that such error should not excuse an accused who has wilfully used a statement in order to promote hatred against an identifiable group. That the legislative line is drawn so as to convict the accused who is negligent or even innocent regarding the accuracy of his or her statements is perfectly acceptable, for the mistake is not as to the use to which the information is put, namely, the promotion of hatred against an identifiable group. As for the argument that the courts and legislature should not involve themselves in the evaluation of "truth", "reasonable grounds for finding truth" or "public interest", the same response applies. Where the likelihood of truth or benefit from an idea diminishes to the point of vanishing, and the statement in question has harmful consequences inimical to the most central values of a free and democratic society, it is not excessively problematic to make a judgment that involves limiting expression.

Before looking at the effect which alternative responses to hate propaganda have upon the proportionality of s. 319(2), I should comment on a final argument marshalled in support of striking down s. 319(2) because of overbreadth or vagueness. It is said that the presence of the legislation has led authorities to interfere with a diverse range of political, educational and artistic expression,

mière une importance accrue lorsque la déclaration de l'accusé est vraie, retrouve donc son état plus habituel où la suppression de l'expression est permise.

^a La vérité des déclarations est légalement un moyen de défense opposable à une accusation en vertu du par. 319(2), mais elle ne change rien au fait que l'accusé avait l'intention de fomenter la haine contre un groupe identifiable. C'est pourquoi je ne puis conclure à une atteinte excessive à la liberté d'expression pour la simple raison que l'al. 319(3)a) ne prévoit pas le cas de l'erreur négligente ou innocente. Qu'une déclaration puisse ou non être qualifiée de vraie ou de fausse, je suis donc porté à croire qu'une telle erreur ne devrait pas excuser la personne qui s'est volontairement servie d'une déclaration afin de fomenter la haine contre un groupe identifiable. Que la ligne de démarcation législative soit tracée de manière à ce que soit déclaré coupable un accusé qui a été négligent ou même innocent en ce qui concerne l'exactitude de ses déclarations est parfaitement acceptable, car l'erreur ne se rapporte pas à l'usage qui a été fait des renseignements, savoir la fomentation de la haine contre un groupe identifiable. Pour ce qui est de l'argument selon lequel les tribunaux et le législateur ne devraient se mêler de l'appréciation ni de la «vérité», ni des «motifs raisonnables de croire que les déclarations sont vraies» ni de «l'intérêt du public», la réponse est identique. Quand la possibilité qu'une idée soit vraie ou qu'elle présente un avantage quelconque diminue au point de disparaître, et que la déclaration en question a des conséquences préjudiciables qui entrent en conflit avec les valeurs les plus fondamentales d'une société libre et démocratique, il n'est pas excessivement difficile de se prononcer dans un sens qui impose des restrictions à l'expression.

ⁱ Avant d'examiner l'effet d'autres réactions éventuelles à la propagande haineuse sur la proportionnalité du par. 319(2), quelques observations s'imposent sur un dernier argument avancé à l'appui de l'invalidation du par. 319(2) pour cause de portée excessive ou d'imprécision. On prétend que l'existence de cette disposition a amené les autorités à s'ingérer dans une gamme variée d'expres-

demonstrating only too well the way in which overbreadth and vagueness can result in undue intrusion and the threat of persecution. In this regard, a number of incidents are cited where authorities appear to have been overzealous in their interpretation of the law, including the arrest of individuals distributing pamphlets admonishing Americans to leave the country and the temporary holdup at the border of a film entitled *Nelson Mandela* and Salman Rushdie's novel *Satanic Verses* (see, e.g., Borovoy, op. cit., at p. 141; note that the latter two examples involve not s. 319(2), but similar wording found in *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 49, s. 114, Schedule VII, Code 9956(b)).

That s. 319(2) may in the past have led authorities to restrict expression offering valuable contributions to the arts, education or politics in Canada is surely worrying. I hope, however, that my comments as to the scope of the provision make it obvious that only the most intentionally extreme forms of expression will find a place within s. 319(2). In this light, one can safely say that the incidents mentioned above illustrate not over-expansive breadth and vagueness in the law, but rather actions by the state which cannot be lawfully taken pursuant to s. 319(2). The possibility of illegal police harassment clearly has minimal bearing on the proportionality of hate propaganda legislation to legitimate Parliamentary objectives, and hence the argument based on such harassment can be rejected.

c. Alternative Modes of Furthering Parliament's Objective

One of the strongest arguments supporting the contention that s. 319(2) unacceptably impairs the s. 2(b) guarantee posits that a criminal sanction is not necessary to meet Parliament's objective. Thus, even though the terms of s. 319(2) and the nature of the available defences expose an individual to conviction only in narrow and clearly defined circumstances, it is said that non-criminal responses can more effectively combat the harm

sions politiques, éducatives et artistiques et que cela démontre bien trop clairement comment la portée excessive et l'imprécision peuvent entraîner un envahissement indu et la menace de persécution. À ce propos, on mentionne de nombreux incidents où les autorités paraissent avoir fait des excès de zèle dans leur interprétation de la loi, y compris l'arrestation de personnes qui distribuaient des tracts engageant les Américains à quitter leur pays et la retenue temporaire à la frontière d'un film intitulé *Nelson Mandela* ainsi que le roman *Les versets sataniques* de Salman Rushdie (voir, par exemple, Borovoy, *loc. cit.*, à la p. 141; notez que dans les deux derniers exemples il ne s'agit pas du par. 319(2) mais de dispositions analogues du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 49, art. 114, annexe VII, Code 9956b)).

Il est certes inquiétant que le par. 319(2) ait pu, dans le passé, amener les autorités à restreindre une expression qui faisait un apport utile aux arts, à l'enseignement ou à la politique au Canada. J'espère toutefois qu'il ressort nettement de mes observations relatives à sa portée que le par. 319(2) ne s'applique qu'aux formes d'expressions les plus intentionnellement extrêmes. Dans cette optique, on peut affirmer sans crainte que les incidents mentionnés plus haut ne démontrent pas la portée excessive et l'imprécision de cette disposition, mais constituent plutôt des exemples de mesures que l'État ne peut légalement prendre en vertu du par. 319(2). À l'évidence, la possibilité d'un harcèlement policier illégal influe très peu sur la proportionnalité que peut avoir une loi en matière de propagande haineuse avec les objectifs légitimes du Parlement. Il faut donc rejeter l'argument fondé sur ce harcèlement.

c. Les autres moyens d'atteindre l'objectif du Parlement

L'un des arguments les plus puissants pour prétendre que le par. 319(2) viole de manière inacceptable la garantie énoncée à l'al. 2b) est qu'aucune sanction pénale n'est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Donc, même si le texte du par. 319(2) et la nature des moyens de défense pouvant être allégués n'exposent une personne à une déclaration de culpabilité que dans des circonstances bien précises et clairement définies, on

caused by hate propaganda. Most generally, it is said that discriminatory ideas can best be met with information and education programmes extolling the merits of tolerance and cooperation between racial and religious groups. As for the prohibition of hate propaganda, human rights statutes are pointed to as being a less severe and more effective response than the criminal law. Such statutes not only subject the disseminator of hate propaganda to reduced stigma and punishment, but also take a less confrontational approach to the suppression of such expression. This conciliatory tack is said to be preferable to penal sanction because an incentive is offered the disseminator to cooperate with human rights tribunals and thus to amend his or her conduct.

Given the stigma and punishment associated with a criminal conviction and the presence of other modes of government response in the fight against intolerance, it is proper to ask whether s. 319(2) can be said to impair minimally the freedom of expression. With respect to the efficacy of criminal legislation in advancing the goals of equality and multicultural tolerance in Canada, I agree that the role of s. 319(2) will be limited. It is important, in my opinion, not to hold any illusions about the ability of this one provision to rid our society of hate propaganda and its associated harms. Indeed, to become overly complacent, forgetting that there are a great many ways in which to address the problem of racial and religious intolerance, could be dangerous. Obviously, a variety of measures need be employed in the quest to achieve such lofty and important goals.

In assessing the proportionality of a legislative enactment to a valid governmental objective, however, s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance

prétend que le préjudice occasionné par la propagande haineuse peut être combattu plus efficacement par des moyens qui ne relèvent pas du droit criminel. De façon plus générale, on dit que l'information et l'éducation vantant les mérites de la tolérance et de la coopération entre les groupes raciaux et religieux sont la meilleure réponse aux idées discriminatoires. Quant à l'interdiction de la propagande haineuse, on souligne que des lois en matière de droits de la personne sont une réaction à la fois moins sévère et plus efficace que le droit criminel. Non seulement ces lois exposent celui qui diffuse la propagande haineuse à des stigmates et à une sanction moins graves, mais constituent une façon moins conflictuelle d'éliminer ce genre d'expression. Cette approche plus conciliatoire serait préférable à la sanction pénale car celui qui diffuse la propagande haineuse serait encouragé à prêter son concours aux tribunaux des droits de la personne et ainsi à améliorer son comportement.

Étant donné les stigmates et les sanctions qui se rattachent à la déclaration de culpabilité et compte tenu de l'existence d'autres moyens pour le gouvernement de lutter contre l'intolérance, on peut à juste titre se demander si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. En ce qui concerne l'efficacité de la législation criminelle pour atteindre les buts d'égalité et de tolérance multiculturelles au Canada, je conviens que le par. 319(2) doit jouer un rôle limité. Il est important, selon moi, de ne pas s'illusionner quant à la capacité de cette seule disposition de débarrasser notre société de la propagande haineuse et des maux qui en découlent. De fait, il pourrait être dangereux de se laisser aller à une complaisance excessive et d'oublier qu'il existe une multitude de façons d'aborder le problème de l'intolérance raciale et religieuse. Évidemment, il faut avoir recours à diverses mesures dans la poursuite de buts aussi nobles et importants.

Dans l'appréciation de la proportionnalité d'une disposition législative avec un objectif gouvernemental valable, toutefois, l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se

of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not, and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

Though the fostering of tolerant attitudes among Canadians will be best achieved through a combination of diverse measures, the harm done through hate propaganda may require that especially stringent responses be taken to suppress and prohibit a modicum of expressive activity. At the moment, for example, the state has the option of responding to hate propaganda by acting under either the *Criminal Code* or human rights provisions. In my view, having both avenues of redress at the state's disposal is justified in a free and democratic society. I see no reason to assume that the state will always utilize the most severe tool at hand, namely, the criminal law, to prevent the dissemination of hate propaganda. Where use of the sanction provided by s. 319(2) is imprudent, employing human rights legislation may be the more attractive route to take, but there may equally be circumstances in which the more confrontational response of criminal prosecution is best suited to punish a recalcitrant hate-monger. To send out a strong message of condemnation, both reinforcing the values underlying s. 319(2) and deterring the few individuals who would harm target group members and the larger community by intentionally communicating hate propaganda, will occasionally require use of the criminal law.

d. *Conclusion as to Minimal Impairment*

To summarize the above discussion, in light of the great importance of Parliament's objective and the discounted value of the expression at issue I

peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi, qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

Quoique la meilleure façon de favoriser une attitude tolérante parmi les Canadiens soit la combinaison de diverses mesures, le préjudice causé par la propagande haineuse peut exiger des réactions particulièrement sévères pour éliminer et interdire une certaine catégorie très restreinte d'activité expressive. Actuellement, par exemple, l'État peut réagir à la propagande haineuse en appliquant soit le *Code criminel*, soit des dispositions en matière de droits de la personne. À mon avis, il est justifié dans une société libre et démocratique que l'État ait à sa disposition ces deux possibilités. Je ne vois aucune raison de supposer que l'État emploiera invariablement le moyen le plus draconien dont il dispose, savoir le droit criminel, pour empêcher la diffusion de la propagande haineuse. Lorsque l'application de la sanction prévue au par. 319(2) est imprudente, il peut être préférable d'avoir recours à la législation en matière de droits de la personne, mais il peut aussi y avoir des situations dans lesquelles la réaction plus conflictuelle des poursuites criminelles soit plus appropriée pour punir un fomentateur de haine récalcitrant. L'expression non équivoque de la réprobation, servant à la fois au renforcement des valeurs sous-jacentes au par. 319(2) et à la dissuasion de quelques individus qui feraient du tort aux membres d'un groupe cible et à l'ensemble de la collectivité par la communication volontaire de propagande haineuse, nécessitera parfois le recours au droit criminel.

d. *Conclusion relative à l'atteinte minimale*

Pour résumer l'analyse qui précède, vu la grande importance de l'objectif visé par le législateur et la valeur réduite de l'expression en cause, je conclus

find that the terms of s. 319(2) create a narrowly confined offence which suffers from neither overbreadth nor vagueness. This interpretation stems largely from my view that the provision possesses a stringent *mens rea* requirement, necessitating either an intent to promote hatred or knowledge of the substantial certainty of such, and is also strongly supported by the conclusion that the meaning of the word "hatred" is restricted to the most severe and deeply-felt form of opprobrium. Additionally, however, the conclusion that s. 319(2) represents a minimal impairment of the freedom of expression gains credence through the exclusion of private conversation from its scope, the need for the promotion of hatred to focus upon an identifiable group and the presence of the s. 319(3) defences. As for the argument that other modes of combatting hate propaganda eclipse the need for a criminal provision, it is eminently reasonable to utilize more than one type of legislative tool in working to prevent the spread of racist expression and its resultant harm. It will indeed be more difficult to justify a criminal statute under s. 1, but in my opinion the necessary justificatory arguments have been made out with respect to s. 319(2).

I thus conclude that s. 319(2) of the *Criminal Code* does not unduly impair the freedom of expression, and it remains only to examine whether its effects nonetheless present so grave a limitation upon the s. 2(b) guarantee so as to outweigh the benefits to be gained from a measure otherwise proportional to an important legislative objective.

(iv) Effects of the Limitation

The third branch of the proportionality test entails a weighing of the importance of the state objective against the effect of limits imposed upon a *Charter* right or guarantee. Even if the purpose of the limiting measure is substantial and the first two components of the proportionality test are satisfied, the deleterious effects of a limit may be too great to permit the infringement of the right or guarantee in issue.

que le texte du par. 319(2) crée une infraction aux limites étroites, qui ne pêche ni par une portée excessive ni par l'imprécision. Cette interprétation découle dans une large mesure de ce que, selon moi, cette disposition pose une exigence rigoureuse concernant la *mens rea*, savoir l'intention de fomenter la haine ou la connaissance de la forte probabilité d'une telle conséquence; cette interprétation est en outre fortement appuyée par la conclusion que le sens du mot «haine» se limite à l'opprobre le plus marqué et le plus profondément ressenti. De plus, la conclusion que le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression est étayée par le fait qu'il exclut la conversation privée de son champ d'application, qu'il exige que la fomentation de la haine vise un groupe identifiable et qu'il est prévu divers moyens de défense au par. 319(3). Quant à l'argument selon lequel l'existence d'autres moyens de lutte contre la propagande haineuse élimine la nécessité d'une disposition criminelle, il est éminemment raisonnable de recourir à plus d'un type d'instrument législatif pour chercher à empêcher la diffusion de l'expression raciste et le préjudice qui en résulte. S'il est vrai qu'une disposition criminelle est plus difficile à justifier en vertu de l'article premier, j'estime que la justification requise a été établie dans le cas du par. 319(2).

Je conclus en conséquence que le par. 319(2) du *Code criminel* ne porte pas indûment atteinte à la liberté d'expression et il ne reste qu'à déterminer si, par ses effets, il impose à la garantie énoncée à l'al. 2b) une restriction tellement grave qu'elle l'emporte sur les avantages à tirer d'une mesure par ailleurs proportionnelle à un objectif législatif important.

(iv) Les effets de la restriction

Le troisième volet du critère de proportionnalité consiste à soupeser l'importance de l'objectif visé par l'État et l'effet des limites imposées à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Même si la mesure restrictive vise un objet important et que les deux premiers éléments du critère de proportionnalité sont présents, les effets délétères d'une restriction peuvent être trop graves pour permettre la violation du droit ou de la garantie en cause.

I have examined closely the significance of the freedom of expression values threatened by s. 319(2) and the importance of the objective which lies behind the criminal prohibition. It will by now be quite clear that I do not view the infringement of s. 2(b) by s. 319(2) as a restriction of the most serious kind. The expressive activity at which this provision aims is of a special category, a category only tenuously connected with the values underlying the guarantee of freedom of speech. Moreover, the narrowly drawn terms of s. 319(2) and its defences prevent the prohibition of expression lying outside of this narrow category. Consequently, the suppression of hate propaganda affected by s. 319(2) represents an impairment of the individual's freedom of expression which is not of a most serious nature.

It is also apposite to stress yet again the enormous importance of the objective fueling s. 319(2), an objective of such magnitude as to support even the severe response of criminal prohibition. Few concerns can be as central to the concept of a free and democratic society as the dissipation of racism, and the especially strong value which Canadian society attaches to this goal must never be forgotten in assessing the effects of an impugned legislative measure. When the purpose of s. 319(2) is thus recognized, I have little trouble in finding that its effects, involving as they do the restriction of expression largely removed from the heart of free expression values, are not of such a deleterious nature as to outweigh any advantage gleaned from the limitation of s. 2(b).

E. Analysis of Section 319(2) Under Section 1 of the Charter: Conclusion

I find that the infringement of the respondent's freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) should be upheld as a reasonable limit prescribed by law in a free and democratic society. Furthering an immensely important objective and directed at expression distant from the core of free expression values, s. 319(2) satisfies each of the components of the proportionality inquiry. I thus disagree with the Alberta Court of Appeal's conclusion that this criminal prohibition of hate propaganda

J'ai examiné de près l'importance des valeurs inhérentes à la liberté d'expression qui sont menacées par le par. 319(2) et de l'objectif sous-jacent à l'interdiction criminelle. Il est maintenant bien évident que je ne considère pas la violation de l'al. 2b) par le par. 319(2) comme une restriction très grave. L'activité expressive visée par cette disposition tombe dans une catégorie spéciale, qui n'a qu'un faible lien avec les valeurs qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression. En outre, la portée restreinte du par. 319(2) ainsi que les moyens de défense prévus empêchent l'interdiction de l'expression qui ne relève pas de cette catégorie restreinte. Par conséquent, la suppression de la propagande haineuse par le par. 319(2) ne représente pas une atteinte des plus graves à la liberté d'expression de l'individu.

Il convient de souligner encore l'importance capitale de l'objectif qui est la raison d'être du par. 319(2), et dont l'importance fait qu'il justifie même la mesure sévère de l'interdiction criminelle. Peu de préoccupations sont aussi cruciales pour le concept d'une société libre et démocratique que celle de l'élimination du racisme et, lorsqu'on apprécie les effets d'une mesure législative contestée, il ne faut jamais perdre de vue la valeur particulièrement élevée que la société canadienne attache à cet objectif. Puisque tel est l'objet du par. 319(2), je n'ai pas beaucoup de difficulté à conclure que ses effets, savoir la restriction d'un genre d'expression qui est dans une large mesure étrangère aux valeurs essentielles de la libre expression, ne sont pas à ce point délétères qu'ils l'emporteraient sur tout avantage tiré de la restriction imposée à l'al. 2b).

E. Analyse du par. 319(2) en vertu de l'article premier de la Charte: Conclusion

Je conclus que l'atteinte portée à la liberté d'expression de l'intimé, garantie par l'al. 2b), doit être maintenue en tant que limite raisonnable prescrite par une règle de droit dans le cadre d'une société libre et démocratique. Destiné à réaliser un objectif extrêmement important et visant une expression qui se situe loin des valeurs centrales de la libre expression, le par. 319(2) satisfait à chacune des exigences du critère de proportionnalité. Je ne souscris donc pas à la conclusion de la Cour d'ap-

violates the *Charter*, and would allow the appeal in this respect.

VIII. Section 319(3)(a) and the Presumption of Innocence

As already noted, s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* provides that no person shall be convicted of wilfully promoting hatred "if he establishes that the statements communicated were true". This provision is challenged as breaching the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter*. The Court must therefore decide whether permitting an accused to raise the defence of truth on the balance of probabilities creates a reverse onus, thereby infringing s. 11(d). If s. 11(d) is so infringed, the focus of the inquiry shifts to examine the justifiability of the reverse onus under s. 1 of the *Charter*.

A. Section 319(3)(a) and Infringement of Section 11(d) of the Charter

In a prosecution under s. 319(2), the Crown must prove beyond a reasonable doubt the various elements of the offence, namely, that the accused, by communicating statements other than in private conversation, wilfully promoted hatred against a group identifiable by colour, race, religion or ethnic origin. Determining whether an accused falls within the terms of s. 319(2) does not require that the trier of fact examine the truth or falsity of the statements. The defence of truth, to be established by the accused on the balance of probabilities, is thus only considered if the Crown proves the components of s. 319(2) beyond a reasonable doubt.

The judgments of the appeal courts in this case and in the accompanying appeal of *Andrews* reveal a divergence of opinion as to whether s. 11(d) of the *Charter* is infringed by the truth defence. In the Alberta Court of Appeal, Kerans J.A. viewed as crucial the possibility that an accused can be convicted of wilfully promoting hatred though

pel de l'Alberta que cette interdiction criminelle frappant la propagande haineuse est une violation de la *Charte* et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi sur ce point.

^a VIII. L'alinéa 319(3)a et la présomption d'innocence

Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'al. 319(3)a du *Code criminel* dispose que nul ne peut être déclaré coupable de fomentation volontaire de la haine s'il «établit que les déclarations communiquées étaient vraies». On reproche à cette disposition de violer la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*. La Cour doit donc décider si le fait de permettre à l'accusé d'établir une défense de vérité selon la prépondérance des probabilités revient à renverser le fardeau de la preuve et constitue donc une violation de l'al. 11d). S'il y a violation de l'al. 11d), il faut alors déterminer si le renversement du fardeau de la preuve est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

^e A. L'alinéa 319(3)a et la violation apparente de l'al. 11d) de la Charte

Dans des poursuites engagées en vertu du par. 319(2), il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable les divers éléments de l'infraction, savoir que l'accusé, par la communication de déclarations autrement que dans des conversations privées a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique. Pour déterminer si un accusé relève du par. 319(2), le juge des faits n'a pas à examiner la vérité ou la fausseté des déclarations. Le moyen de défense de vérité, qui doit être établi par l'accusé selon la prépondérance des probabilités, n'est donc pris en considération que si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable les éléments prévus au par. 319(2).

ⁱ Les arrêts des cours d'appel en l'espèce et dans l'affaire connexe *Andrews* manifestent une divergence d'opinions quant à savoir si le moyen de défense de véracité viole l'al. 11d) de la *Charte*. En Cour d'appel de l'Alberta, le juge Kerans a tenu pour décisive la possibilité qu'un accusé soit reconnu coupable de fomentation volontaire de la

there exists a reasonable doubt that the statements communicated are true. As the defence places an onus on the accused to prove truth on the balance of probabilities, he thus found it to infringe s. 11(d). In contrast to this conclusion, the Ontario Court of Appeal in *R. v. Andrews, supra*, found that s. 319(3)(a) does not place a true reverse onus upon the accused. Relying upon the majority judgment in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, Grange J.A. felt that s. 319(3)(a) provides a defence which becomes applicable only after all elements of the offence have been proven beyond a reasonable doubt, a circumstance which was said to avoid infringing the presumption of innocence (p. 193). Grange J.A. distinguished this Court's decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, on the grounds that the statutory presumption challenged in that case related to the proof of an essential element of the offence.

It is not overly difficult to settle the disagreement between the Alberta and Ontario Appeal Courts. Though some confusion may have existed after the decision of this Court in *Holmes*, since *Whyte* it is clear that the presumption of innocence is infringed whenever the accused is liable to be convicted despite the existence of a reasonable doubt as to guilt in the mind of the trier of fact. As was stated by a unanimous bench in *Whyte* (at p. 18):

... the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of

haine malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la véracité des déclarations communiquées. Puisque ce moyen de défense oblige l'accusé à prouver la véracité selon la prépondérance des probabilités, il a conclu qu'il viole l'al. 11d). La Cour d'appel de l'Ontario, par contre, a décidé dans l'arrêt *R. c. Andrews*, précité, que l'al. 319(3)a n'impose pas à l'accusé un véritable renversement du fardeau de la preuve. S'appuyant sur les motifs de la majorité dans l'affaire *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, le juge Grange a estimé que l'al. 319(3)a prévoit un moyen de défense qui ne joue que lorsque tous les éléments de l'infraction ont été établis hors de tout doute raisonnable, et que cet état de choses écartait la violation de la présomption d'innocence (p. 193). Le juge Grange a fait une distinction avec l'arrêt de notre Cour *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, en ce que la présomption légale contestée dans cette affaire se rapportait à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction.

Il n'est pas particulièrement difficile de régler le désaccord entre les cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario. Bien qu'une certaine confusion ait pu régner à la suite de l'arrêt *Holmes* de notre Cour, il est évident depuis l'arrêt *Whyte* que la présomption d'innocence est violée chaque fois que l'accusé risque d'être déclaré coupable en dépit de l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité dans l'esprit du juge des faits. Comme l'affirme notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *Whyte*, à la p. 18:

... la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence

the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown.

As is evident from the above quotation, the categorization of a factual finding as forming an element "essential" to the offence is of no consequence when determining whether s. 11(d) has been breached.

Applying the approach taken in *Whyte* to this appeal, it is obvious that s. 319(3)(a) runs afoul of the presumption of innocence. Contrary to the arguments of those who would find s. 319(3)(a) compatible with s. 11(d), it matters not that the defence of truth may be intended to play a minor role in providing relief from conviction. What is of essence is not the "essential nature" of the crime, but that the trier of fact will have to convict even where there is a reasonable doubt as to the truth of an accused's statements. This result means that s. 11(d) is infringed, making necessary an inquiry as to whether s. 319(3)(a) can be justified under s. 1 of the *Charter*.

B. *Justifiability of Section 319(3)(a) Under Section 1 of the Charter*

In seeing whether the truth defence is justifiable as a reasonable limit in a free and democratic society, my general comments regarding the role of s. 1 and the *Oakes* test obviously apply. As well, much of what has been said in discussing s. 319(2) is pertinent, though it remains necessary to undertake a separate inquiry into the validity of s. 319(3)(a)'s reverse onus.

The impetus behind s. 319(3)(a) represents somewhat of a caveat to the broad objectives underlying the offence in s. 319(2). As explored earlier, domestic and international commitments to freedom of expression, equality, and respect for human dignity and multiculturalism lay the foun-

d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public.

Comme l'indique clairement ce passage, il est sans conséquence qu'une conclusion de fait soit qualifiée d'élément «essentiel» de l'infraction quand il s'agit de déterminer s'il y a violation de l'al. 11d).

Quand on applique au présent pourvoi l'approche adoptée dans l'arrêt *Whyte*, il est évident que l'al. 319(3)a) va à l'encontre de la présomption d'innocence. Contrairement à ce que font valoir ceux qui concluraient à la compatibilité de l'al. 319(3)a) et de l'al. 11d), il est sans importance que le moyen de défense de véracité soit destiné à ne jouer qu'un rôle mineur dans la protection contre les déclarations de culpabilité. L'important n'est pas la «nature essentielle» du crime, mais que le juge des faits ait à rendre un verdict de culpabilité même lorsqu'il subsiste un doute raisonnable relativement à la véracité des déclarations de l'accusé. Cela signifie qu'il y a violation de l'al. 11d) et qu'il faut donc examiner si l'al. 319(3)a) peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

B. *L'alinéa 319(3)a) peut-il se justifier en vertu de l'article premier de la Charte?*

Mes observations générales concernant le rôle de l'article premier et le critère de l'arrêt *Oakes* s'appliquent évidemment à la question de la justification du moyen de défense de véracité comme restriction raisonnable dans une société libre et démocratique. Est également pertinente une bonne partie de ce que j'ai dit dans mon analyse du par. 319(2), bien qu'il soit encore nécessaire d'entreprendre un examen distinct de la validité du renversement du fardeau de la preuve selon l'al. 319(3)a).

La raison d'être de l'al. 319(3)a) représente en quelque sorte une exception aux objectifs généraux sous-tendant le par. 319(2). Comme je l'ai déjà fait remarquer, l'infraction de fomentation volontaire de la haine repose sur la volonté nationale et internationale d'assurer la liberté d'expression,

ation for the offence of the wilful promotion of hatred. Without rejecting this broad foundational base, the objective of s. 319(3)(a) is attributable to the importance given the expression of truth by Parliament (see the Cohen Committee, *op. cit.*, at p. 66, and the Law Reform Commission of Canada, *op. cit.*, at p. 36). Specifically, the truth defence allows an accused to escape liability based on the possibility that the statements made, while intended to promote hatred, nonetheless possess increased merit (in relation to free expression values) because of their truthful nature.

That a defence may be warranted by reason of the merit associated with truthful statements does not, however, make clear Parliament's objective in requiring that the accused prove truthfulness on a balance of probabilities. The objective behind the defence's reverse onus is closely connected with the purpose fueling the offence in s. 319(2). Harm is created whenever statements are made with the intention of promoting hatred, whether or not they contain an element of truth. If the defence is too easily used, the pressing and substantial objective of Parliament in preventing such harm will suffer unduly, and it is therefore in the furtherance of that same objective that truthfulness must be proved by the accused on the balance of probabilities. For the reasons given in discussing the purpose behind s. 319(2), I consequently find that Parliament's objective in employing a reverse onus in s. 319(3)(a) is pressing and substantial.

Moving on to examine the proportionality of the reverse onus measure to the legislative objective, the first question to ask is whether s. 319(3)(a) evinces a rational connection to the purpose of preventing the harm caused by hate-promoting expression. In my view, such a connection plainly exists. The reverse onus in the truth defence operates so as to make it more difficult to avoid conviction where the wilful promotion of hatred has been proven beyond a reasonable doubt. As the wilful promotion of hatred is hostile to Parlia-

l'égalité et le respect de la dignité humaine et du multiculturalisme. Sans écarter ce large fondement, l'al. 319(3)a) vise un objectif qui tient à l'importance attachée par le législateur fédéral à l'expression de la vérité (voir le rapport du comité Cohen, *op. cit.*, à la p. 68, et la Commission de réforme du droit du Canada, *op. cit.*, à la p. 41). Plus précisément, le moyen de défense de véracité permet à un accusé d'échapper à la responsabilité puisqu'il est possible que ses déclarations, quoique destinées à fomenter la haine, acquièrent néanmoins un plus grand mérite (en regard des valeurs de la libre expression) parce qu'elles sont vraies.

Le fait qu'un moyen de défense puisse être justifié à cause du mérite qui se rattache aux déclarations vraies ne nous éclaire cependant pas sur l'objectif que visait le Parlement en exigeant que l'accusé établisse la véracité selon la prépondérance des probabilités. L'objectif du renversement du fardeau de la preuve établi par ce moyen de défense est étroitement lié au but inspirant le par. 319(2). Un préjudice est causé chaque fois que des déclarations sont faites avec l'intention de fomenter la haine, qu'elles renferment ou non une part de vérité. S'il est trop facile de se prévaloir du moyen de défense, cela compromettra indûment la réalisation de l'objectif urgent et réel que visait le législateur de prévenir ce mal, et c'est donc dans le but d'atteindre ce même objectif que la véracité doit être prouvée par l'accusé selon la prépondérance des probabilités. Pour les raisons exposées dans le cadre de mon examen de l'objet du par. 319(2), je conclus en conséquence que l'objectif visé par le législateur en prévoyant le renversement du fardeau de la preuve à l'al. 319(3)a) est urgent et réel.

Passant à l'examen de la proportionnalité de la mesure établissant le renversement du fardeau de la preuve par rapport à l'objectif législatif visé, la première question à se poser est de savoir si l'al. 319(3)a) a un lien rationnel avec l'objet de prévenir le mal causé par l'expression fomentant la haine. À mon avis, ce lien existe manifestement. Le renversement du fardeau de preuve qu'opère le moyen de défense de véracité joue de manière à ce qu'il soit plus difficile de se soustraire à une déclaration de culpabilité dans un cas où la fomentation

ment's aims, placing such a burden upon the accused is rationally connected to a valid s. 1 objective.

The second component of the proportionality inquiry asks whether the impugned measure impairs the right or freedom as little as possible. Instrumental in reaching a conclusion as to minimal impairment is the nature of the defence in issue, and most especially its relation to the offence set out in s. 319(2). As I have stated in discussing the proportionality of s. 319(2), the defence of truth is in some ways at odds with Parliament's purpose of preventing the damage to target group members and inter-group harmony caused by hate propaganda; it works to excuse the actions of an accused even though the harm sought to be prevented is present. To provide the accused with such an escape route may not be required under the *Charter*, but neither is it illogical. Out of caution Parliament has made a concession to the importance of truth in freedom of expression values, a concession designed to allow an accused person to benefit from the tangential possibility that his or her statements, though admittedly defamatory of targeted groups, may have some social utility as part of legitimate public dialogue.

In the overall context of the s. 319(2) offence, it is therefore evident that Parliament has used the reverse onus provision to strike a balance between two legitimate concerns. Requiring the accused to prove on the civil standard that his or her statements are true is an integral part of this balance, and any less onerous burden would severely skew the equilibrium. To include falsity as a component of s. 319(2) for example, or even to require only that the accused raise a reasonable doubt as to the truthfulness of the statements, would excessively compromise the effectiveness of the offence in achieving its purpose. The former option would especially hinder Parliament's objective, for many statements are not susceptible to a true/false cate-

volontaire de la haine a été établie hors de tout doute raisonnable. Comme la fomentation volontaire de la haine va à l'encontre des buts visés par le législateur, le fait d'imposer une telle charge à l'accusé est rationnellement lié à un objectif qui est valable aux fins de l'article premier.

Le deuxième volet de l'examen de la proportionnalité pose la question de savoir si la mesure attaquée porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause. Pour y répondre, il faut prendre en considération la nature du moyen de défense en cause et surtout son rapport avec l'infraction prévue au par. 319(2). Comme je l'ai dit en traitant de la proportionnalité du par. 319(2), le moyen de défense de véracité est à certains égards inconciliable avec l'objectif du Parlement de prévenir le préjudice causé par la propagande haineuse aux membres du groupe cible et à l'harmonie entre les différents groupes, en ce sens qu'il a pour effet d'excuser les actes de l'accusé en dépit de l'existence du préjudice que l'on cherche à prévenir. Qu'une telle porte de sortie soit fournie à l'accusé n'est peut-être pas exigée par la *Charte*, mais elle n'a rien non plus d'illogique. Par précaution, le Parlement a fait une concession dictée par l'importance que revêt la vérité parmi les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression, concession destinée à permettre à un accusé de bénéficier de la possibilité, pour faible qu'elle soit, que ses déclarations, reconnues diffamatoires à l'endroit de groupes cibles, aient quelque utilité sociale dans le cadre d'un dialogue public légitime.

Dans le contexte global du par. 319(2), il est donc évident que c'est dans le but d'établir un équilibre entre deux préoccupations légitimes que le Parlement a eu recours à la disposition portant renversement du fardeau de la preuve. Exiger de l'accusé qu'il prouve la véracité de ses déclarations selon la norme applicable en matière civile, fait partie intégrante de cet équilibre et un fardeau moins lourd provoquerait un grave déséquilibre. Si la fausseté était incluse comme élément du par. 319(2), par exemple, ou même si l'accusé était simplement tenu de faire naître un doute raisonnable en ce qui concerne la véracité des déclarations, l'efficacité du par. 319(2) pour atteindre son objet serait fortement compromise. Dans le premier cas,

gorization. In either instance, however, where a reasonable doubt existed as to the falsity of an accused's statements an acquittal would be entered. To accept such a result it would have to be agreed that this relatively small possibility of truthfulness outweighs the harm caused through the wilful promotion of hatred. Yet to my mind the crucial objective of Parliament in this appeal justifies requiring a more convincing demonstration that a hate-monger's statements may be true, as a successful defence provides an excuse despite the presence of the harm sought to be eradicated (see Rauf, *op. cit.*, at pp. 368-69). Having the accused prove truthfulness on the balance of probabilities is an understandable and valid precaution against too easily justifying such harm, and I hence conclude that the reverse onus provision in s. 319(3)(a) represents a minimal impairment of the presumption of innocence.

As for the final segment of the *Oakes* proportionality inquiry, I have no difficulty in finding that the importance of preventing the harm caused by hate-promoting expression is not outweighed by Parliament's infringement of s. 11(d) of the *Charter*. In reaching this conclusion I would refer to the approach taken by this Court in *Whyte*. There, the accused challenged what is now s. 258(1)(a) of the *Criminal Code*, which creates the presumption that a person in the driver's seat of a vehicle has care or control of the vehicle for the purposes of the impaired driving provisions. This presumption can only be overcome if the accused proves that he or she occupied the driver's seat for some purpose other than setting the vehicle in motion. In upholding the statutory presumption under s. 1, this Court stated the following regarding the proportionality between the effects of the measure and the objective (at p. 27):

... [258(1)(a)] satisfies [the] final element in s. 1 analysis. The threat to public safety posed by drinking and driving has been established by evidence in this case

il serait fait directement obstacle à l'objectif du Parlement, car nombreuses sont les déclarations qui ne peuvent être qualifiées de vraies ou de fausses. Dans les deux cas, cependant, s'il existait un doute raisonnable quant à la fausseté des déclarations de l'accusé, il serait acquitté. Pour qu'un tel résultat puisse être accepté, il faudrait convenir que cette possibilité relativement mince de véracité l'emporte sur le mal causé par la fomentation volontaire de la haine. J'estime toutefois que l'objectif vital poursuivi par le législateur justifie l'exigence d'une preuve plus convaincante de la véracité possible des déclarations d'un fomentateur de haine, étant donné qu'un moyen de défense invoqué avec succès fournit une excuse en dépit de l'existence du mal que l'on cherche à supprimer (voir Rauf, *loc. cit.*, aux pp. 368 et 369). Que l'accusé soit tenu d'établir la véracité selon la prépondérance des probabilités représente une précaution compréhensible et légitime contre une justification trop facile d'un tel préjudice. Cela étant, je conclus que le renversement du fardeau de preuve à l'al. 319(3)a) porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence.

Pour ce qui est du dernier élément du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes*, je conclus sans aucune difficulté que l'importance de la prévention du préjudice causé par l'expression fomentant la haine l'emporte sur la violation de l'al. 11d) de la *Charte* par le législateur fédéral. En tirant cette conclusion je renvoie à l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Whyte*. Dans cette affaire, l'accusé contestait ce qui est maintenant l'al. 258(1)a) du *Code criminel*, qui crée la présomption qu'une personne occupant la place du conducteur d'un véhicule à moteur en a la garde ou le contrôle pour les fins des dispositions relatives à la conduite avec facultés affaiblies. Cette présomption ne peut être réfutée que si l'accusé prouve qu'il occupait la place du conducteur dans un but autre que celui de mettre le véhicule en marche. Notre Cour, qui a maintenu la présomption légale en vertu de l'article premier, a fait les observations suivantes concernant la proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif visé, à la p. 27:

... l'al. [258(1)a)] satisfait à [l']élément final de l'analyse aux termes de l'article premier. La preuve en l'espèce démontre que la sécurité publique est menacée par

and recognized by this Court in others. While [s. 258(1)(a)] does infringe the right guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, it does so in the context of a statutory setting which makes it impracticable to require the Crown to prove an intention to drive. The reverse onus provision, in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

In *Whyte*, the impugned statutory presumption was found to be justified despite its effect upon the presumption of innocence only after an examination of the history of drinking and driving legislation, and a recognition of both the serious societal danger of drinking and driving and the difficulties associated with requiring the Crown to prove an intention to drive. As already noted, similar factors operate to justify the reverse onus provision challenged in this appeal, in particular the significant importance attached to preventing the harm caused by hate-promoting expression and the fact that the truth defence operates despite the presence of such harm. The infringement of s. 11(d) thus occurs in the context of a statutory and practical setting that makes it unworkable to require the Crown to prove the falsity of the statements in issue, and using the words of *Whyte* I conclude that the reverse onus provision in s. 319(3)(a), in effect, affords a defence to an accused which could not otherwise be made available.

C. Conclusion Respecting Section 319(3)(a)

In sum, having followed this Court's decision in *Whyte* in deciding that s. 319(3)(a) infringes s. 11(d) of the *Charter*, I nonetheless find the impugned provision to be justified under s. 1. The reverse onus found in the truth defence represents the only way in which the defence can be offered while still enabling Parliament to prohibit effectively hate-promoting expression through criminal legislation; to require that the state prove beyond a reasonable doubt the falsity of a statement would excuse much of the harmful expressive activity caught by s. 319(2) despite minimal proof as to its worth. In my opinion, justification for this reverse

l'alcool au volant, situation que cette Cour a reconnue dans d'autres arrêts. Bien que [l'al. 258(1)a)] porte effectivement atteinte au droit que garantit l'al. 11d) de la *Charte*, il le fait dans un contexte législatif où il est irréaliste d'exiger que le ministère public démontre une intention de conduire. En fait, la disposition portant inversion de la charge de la preuve accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

Dans l'arrêt *Whyte*, ce n'est qu'après avoir fait l'historique de la législation en matière d'alcool au volant et reconnu à la fois le grave danger que représentait l'alcool au volant pour la société et les difficultés que susciterait l'obligation pour le ministère public de prouver l'intention de conduire, que notre Cour a jugé que la présomption légale attaquée était justifiée malgré son incidence sur la présomption d'innocence. Comme je l'ai déjà fait remarquer, des facteurs similaires jouent pour justifier la disposition portant renversement du fardeau de preuve, contestée dans le présent pourvoi, soit notamment l'importance particulière attachée à la prévention du mal causé par l'expression fomentant la haine et le fait que le moyen de défense de véracité peut être invoqué en dépit de l'existence d'un tel préjudice. La violation de l'al. 11d) se produit donc dans un contexte légal et pratique où il est irréaliste d'exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations en cause et, pour reprendre la formule employée dans l'arrêt *Whyte*, je conclus que le renversement du fardeau de preuve par l'al. 319(3)a) accorde à l'accusé un moyen de défense qu'autrement il ne pourrait invoquer.

C. Conclusion relative à l'al. 319(3)a)

En résumé, m'étant fondé sur l'arrêt *Whyte* de notre Cour pour décider que l'al. 319(3)a) viole l'al. 11d) de la *Charte*, je conclus néanmoins que la disposition attaquée est justifiée aux termes de l'article premier. Le renversement du fardeau de la preuve que comporte le moyen de défense de véracité est la seule façon pour le Parlement d'offrir ce moyen de défense tout en proscrivant efficacement l'expression fomentant la haine par des dispositions pénales. Exiger que l'État prouve hors de tout doute raisonnable la fausseté d'une déclaration reviendrait à excuser une bonne partie de l'activité expressive nocive que vise le par. 319(2) même en

onus must therefore reside in the fact that it only applies where the Crown has proven beyond a reasonable doubt an intent to promote harm-causing hatred, and in the recognition that excessive deference to the possibility that a statement is true will undermine Parliament's objective.

IX. Conclusion

In so far as its purpose is to prohibit the expression of certain meanings, s. 319(2) of the *Criminal Code* infringes the guarantee of freedom of expression found in s. 2(b) of the *Charter*. Given the importance of Parliament's purpose in preventing the dissemination of hate propaganda and the tenuous connection such expression has with s. 2(b) values, however, I have found the narrowly drawn parameters of s. 319(2) to be justifiable under s. 1. Similarly, although the reverse onus provision contained in s. 319(3)(a) conflicts with the s. 11(d) presumption of innocence, it can be seen as a justifiable means of excusing truthful statements without undermining the objective of preventing harm caused by the intentional promotion of hatred.

Having come to these conclusions, I answer the constitutional questions in the following manner:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Yes.

présence d'une preuve minime de sa valeur. À mon avis, la justification de ce renversement du fardeau de la preuve doit résider dans le fait qu'elle joue uniquement dans les cas où le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'intention de fomenter une haine préjudiciable, et dans la reconnaissance qu'en s'arrêtant trop à la possibilité qu'une déclaration soit vraie, on risquerait de faire obstacle à l'objectif du législateur.

IX. Conclusion

Pour autant qu'il vise à interdire l'expression de certaines idées, le par. 319(2) du *Code criminel* viole la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*. Vu l'importance du but du législateur d'empêcher la diffusion de la propagande haineuse et compte tenu de la faiblesse du lien entre cette expression et les valeurs sous-jacentes à l'al. 2b), je conclus toutefois que la disposition de portée restreinte qu'est le par. 319(2) est justifiable en vertu de l'article premier. De même, bien que le renversement du fardeau de la preuve par l'al. 319(3)a) entre en conflit avec la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d), elle peut être considérée comme un moyen justifiable d'excuser des déclarations vraies sans miner l'objectif de prévenir le mal causé par la fomentation intentionnelle de la haine.

Étant arrivé à ces conclusions, je donne aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: Yes.

I would thus reverse the decision of the Alberta Court of Appeal and allow the appeal. This case should return to the Court of Appeal in order to resolve those issues left unexamined by reason of its decision to strike down the impugned provisions.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I agree with Justice McLachlin on the issues respecting freedom of expression and I would accordingly dispose of the appeal and answer the first two constitutional questions as she does. I find it unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent and, in consequence, to answer the other constitutional questions.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—

Introduction

The issue on this appeal is whether ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, creating the offence of unlawfully promoting hatred, should be struck down on the ground that they infringe the guarantees of free expression and the presumption of innocence embodied in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

3. L'alinéa 281.2(3)(a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)(a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)(a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)(a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

Je suis en conséquence d'avis d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et d'accueillir le pourvoi. L'affaire devrait être renvoyée à la Cour d'appel pour le règlement des questions qui n'ont pas été examinées en raison de sa décision d'invalider les dispositions attaquées.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Je souscris aux motifs du juge McLachlin sur les questions relatives à la liberté d'expression. Je trancherais donc le présent pourvoi et je répondrais aux deux premières questions constitutionnelles de la façon qu'elle propose. J'estime inutile d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent et donc de répondre aux deux autres questions constitutionnelles.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—

Introduction

La question dans le présent pourvoi est de savoir si les par. 319(2) et (3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui créent l'infraction de fomentation de la haine, devraient être invalidés pour le motif qu'ils violent la garantie de la liberté d'expression et la présomption d'innocence consacrées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Mr. Keegstra, a secondary school teacher in Eckville, a small town in Alberta, was convicted of unlawfully promoting hatred under s. 319(2). The evidence established that he had systematically denigrated Jews and Judaism in his classes. He described Jews by such epithets as “revolutionists”, “treacherous”, “imposters”, “communists”, “secret”, “sneaky”, “manipulative”, and “deceptive”. He taught that the Jewish people are “barbaric”, “subversive”, “sadistic”, “materialistic”, “money-loving” and “power hungry”. He maintained that anyone Jewish must be evil and that anyone evil must be Jewish. Not only did he maintain these things; he advised the students that they must accept his views as true unless they were able to contradict them. Moreover, he expected his students to regurgitate these notions in essays and examinations. If they did so, they received good marks. If they did not, their marks were poor.

Prior to his trial, Mr. Keegstra had applied to a judge of the Alberta Court of Queen’s Bench for an order quashing the charge on the ground that s. 319(2) of the *Criminal Code* violates the right of freedom of expression guaranteed by the *Charter*. Quigley J. rejected this contention: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. He regarded the section, not as a limit on freedom of expression, but rather as a safeguard promoting freedom of expression. In his view, “freedom of expression” in s. 2(b) of the *Charter* does not mean an absolute freedom conferring an unbridged right of speech or expression. He added that if he were wrong in concluding that s. 319(2) did not infringe s. 2(b), he would find that the limit was a reasonable one, demonstrably justified in a free and democratic society within s. 1 of the *Charter*.

The Court of Appeal, however, reversed this decision, and quashed the conviction entered at trial: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. In its view, s. 319(2) of the *Criminal Code* violated the *Charter* in two ways. First, it infringed the presumption of innocence by making the truth of statements promoting hatred a defence, but placing the burden of

Monsieur Keegstra, un professeur d’école secondaire à Eckville, une petite ville de l’Alberta, a été reconnu coupable d’avoir fomenté la haine en contravention du par. 319(2). D’après la preuve, il avait systématiquement dénigré les juifs et le judaïsme dans ses classes. Il désignait les juifs par des épithètes telles que «révolutionnaristes», «perfidés», «imposteurs», «communistes», «dissimulés», «sournois», «manipulateurs» et «fourbes». Il enseignait que les juifs sont «barbares», «subversifs», «sadiques», «matérialistes», «cupides» et «avides de pouvoir». Il soutenait que tout juif devait être mauvais et que les gens mauvais devaient être juifs. Non seulement faisait-il ces affirmations, mais il disait aussi à ses élèves qu’ils devaient accepter ses opinions comme exactes, à moins de pouvoir les contredire. Il s’attendait en outre à ce que ses élèves reprennent ces idées dans leurs compositions et examens. S’ils le faisaient, ils avaient de bonnes notes. S’ils ne le faisaient pas, ils avaient de mauvaises notes.

Avant son procès, M. Keegstra avait demandé à un juge de la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta d’ordonner l’annulation de l’accusation pour le motif que le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte au droit à la liberté d’expression garanti par la *Charte*. Cet argument a été rejeté par le juge Quigley: (1984), 19 C.C.C. (3d) 254. Il considérait ce paragraphe non pas comme une restriction de la liberté d’expression mais comme une disposition protectrice favorisant la liberté d’expression. Selon lui, «liberté d’expression» à l’al. 2b) de la *Charte* ne signifiait aucunement la liberté absolue conférant un droit illimité de s’exprimer. Il a ajouté que, si sa conclusion que le par. 319(2) ne portait pas atteinte à l’al. 2b) était erronée, il conclurait qu’il s’agissait d’une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique, au sens de l’article premier de la *Charte*.

La Cour d’appel a cependant infirmé cette décision et annulé la déclaration de culpabilité inscrite au procès: (1988), 43 C.C.C. (3d) 150. À son avis, le par. 319(2) du *Code criminel* violait la *Charte* à deux titres. Premièrement, en faisant de la véracité des déclarations tendant à fomenté la haine un moyen de défense tout en imposant à l’accusé le

proving them on the accused. Second, it violated the guarantee of free speech in s. 2(b) of the *Charter*. The court, *per* Kerans J.A., held that “imprudent promotion of hatred falls within the definition of freedom of expression” (p. 162) in that section, and that mistakes of fact by speakers—even by speakers who have no reasonable grounds for the mistake—are protected under the *Charter*.

Nor was the violation saved by s. 1 of the *Charter*, in the opinion of the Court of Appeal. “[T]his rule is overly broad”, Kerans J.A. observed, pointing out that the section does not require that anyone actually come to hate a member of the protected group as a result of the promotion of hatred by the offender. He accepted that the spread of hatred against target groups might be justifiably regulated, but found the fact that the law criminalizes mere attempts to do so and leaves no room for the defence of honest mistake precluded its justification as a reasonable measure justified in a democratic society. Nor, in the view of Kerans J.A., did the values of multiculturalism and equality enshrined in the *Charter* make the limit imposed on free expression by s. 319(2) of the *Criminal Code* reasonable under s. 1. Section 15 is restricted to government action, while the concern of s. 319(2) is individual expression—expression protected by s. 2(b) of the *Charter*. In Kerans J.A.’s view, nothing in the *Charter* suggests a legally enforceable orthodoxy in matters of expression. On the contrary, our commitment to the marketplace of ideas precludes us from presuming that those who promote hatred will be successful in fomenting it among the majority of Canadians. Moreover, freedom of expression is an individual liberty of such importance that it can be overridden only by an extraordinarily weighty public goal. In the end the Court of Appeal held that the *Charter* protected even imprudent promotion of hatred, up to the point where it actually caused listeners to hate target groups.

fardeau de la prouver, il portait atteinte à la présomption d’innocence. Deuxièmement, il constituait une violation de la garantie de liberté d’expression énoncée à l’al. 2b) de la *Charte*. Le juge Kerans, au nom de la cour, dit que [TRADUCTION] «la fomentation imprudente de la haine relève de la définition de la liberté d’expression» (p. 162) aux fins de cet alinéa, et que les erreurs de fait commises par ceux qui s’expriment—même par ceux dont l’erreur n’a aucun fondement raisonnable—bénéficient de la protection de la *Charte*.

De plus, selon la Cour d’appel, la violation en question ne peut se justifier en vertu de l’article premier de la *Charte*. [TRADUCTION] «[C]ette règle a une portée trop large» fait remarquer le juge Kerans en soulignant que le paragraphe en cause n’exige pas que la fomentation de la haine par l’auteur de l’infraction amène effectivement quelqu’un à haïr un membre du groupe protégé. Il convient que la réglementation de la propagation de la haine contre des groupes cibles peut être justifiable, mais conclut que le fait que la loi criminalise de simples tentatives sans admettre le moyen de défense de l’erreur involontaire exclut sa justification comme mesure raisonnable justifiée dans une société démocratique. Le juge Kerans estime en outre que les valeurs du multiculturalisme et de l’égalité consacrées dans la *Charte* ne rendent pas raisonnable au sens de l’article premier la limite imposée à la liberté d’expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. L’article 15 ne vise que l’action gouvernementale, tandis que le par. 319(2) vise l’expression individuelle—celle que protège l’al. 2b) de la *Charte*. Selon le juge Kerans, rien dans la *Charte* ne laisse supposer l’existence en matière d’expression d’une orthodoxy à laquelle on peut être légalement astreint. Au contraire, notre adhésion à la notion du marché des idées nous interdit de présumer que les fomentateurs de haine parviendront à provoquer cette haine chez la majorité des Canadiens. De plus, la liberté d’expression est une liberté individuelle à ce point capitale que seul peut l’emporter sur elle un objectif public d’une importance exceptionnelle. La Cour d’appel a décidé en dernière analyse que la *Charte* protège même la fomentation imprudente de la haine jusqu’au point où elle provoque réellement chez certains auditeurs de la haine pour les groupes visés.

The Crown appeals to this Court.

Statutory Provisions

The respondent was charged under s. 319(2) of the *Criminal Code*, which provides:

319. ...

(2) Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

- (a) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or
- (b) an offence punishable on summary conviction.

(3) No person shall be convicted of an offence under subsection (2)

(a) if he establishes that the statements communicated were true;

(b) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;

(c) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true; or

(d) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred toward an identifiable group in Canada.

(6) No proceeding for an offence under subsection (2) shall be instituted without the consent of the Attorney General.

(7) In this section,

“communicating” includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;

“identifiable group” has the same meaning as in section 318;

“public place” includes any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied;

“statements” includes words spoken or written or recorded electronically or electro-magnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

Le ministère public se pourvoit devant notre Cour.

Les dispositions législatives

L'intimé a été inculpé en vertu du par. 319(2) du *Code criminel*, dont voici le texte:

319. ...

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, foment volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction prévue au paragraphe (2) dans les cas suivants:

a) il établit que les déclarations communiquées étaient vraies;

b) il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;

c) les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public et, pour des motifs raisonnables, il les croyait vraies;

d) de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

(6) Il ne peut être engagé de poursuites pour une infraction prévue au paragraphe (2) sans le consentement du procureur général.

(7) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

«communiquer» S'entend notamment de la communication par téléphone, radiodiffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore.

«déclarations» S'entend notamment des mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et des gestes, signes ou autres représentations visibles.

«endroit public» Tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.

«groupe identifiable» A le sens que lui donne l'article 318.

“Identifiable group” is defined as follows:

318. ...

(4) In this section, “identifiable group” means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

It will be observed that what is prohibited is the wilful promotion of hatred of identifiable groups. Casual slips of the tongue are not actionable. On the other hand, it is not necessary that the statements actually have the effect of promoting hatred. Truth is a defence, but the burden of establishing it lies on the accused.

This provision must be tested against the principles established in the *Charter*, and in particular, the following sections:

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

11. Any person charged with an offence has the right

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

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Issues

The issues are the following:

L’expression «groupe identifiable» est ainsi défini:

318. ...

(4) Au présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l’origine ethnique.

On peut constater que ce qui est interdit c’est la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. De simples lapsus ne donnent pas lieu à des poursuites. Par ailleurs, il n’est pas nécessaire que les déclarations aient réellement pour effet de fomenter la haine. La véracité est un moyen de défense, mais c’est à l’accusé qu’il incombe de l’établir.

La disposition en cause doit être examinée à la lumière des principes énoncés dans la *Charte*, notamment aux articles suivants:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d’opinion et d’expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

11. Tout inculpé a le droit:

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

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l’objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Les questions en litige

Le litige porte sur les questions suivantes:

1. Does s. 319(2) of the *Criminal Code* breach s. 2(b) of the *Charter*?
2. Do ss. 319(2) and 319(3) of the *Criminal Code* breach s. 11(d) of the *Charter*?
3. If the answer to either questions 1 or 2 is affirmative, can the infringements be justified under s. 1 of the *Charter*?

The following constitutional questions stated by Dickson C.J. reflect these issues:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? c
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society? d
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? e
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society? f

Analysis

I. Background

This case poses questions of great importance and difficulty. In order to situate them in their

1. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* viole-t-il l'al. 2b) de la *Charte*?
2. Les paragraphes 319(2) et (3) du *Code criminel* violent-ils l'al. 11d) de la *Charte*? a
3. Si la réponse à l'une ou l'autre des deux premières questions est affirmative, les violations peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*? b

Ces questions sont reflétées dans les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? c
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? d
3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? e
4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? f

Analyse

I. Contexte

Cette instance soulève des questions très importantes et très difficiles. Afin de les situer dans un

proper context, I preface my analysis of the issues with a brief philosophical and historical perspective of the role of free expression in our society, both in general terms and in relation to hate propaganda.

A. A Philosophical View of Freedom of Expression and the *Charter*

Various philosophical justifications exist for freedom of expression. Some of these posit free expression as a means to other ends. Others see freedom of expression as an end in itself.

Salient among the justifications for free expression in the first category is the postulate that the freedom is instrumental in promoting the free flow of ideas essential to political democracy and the functioning of democratic institutions. This is sometimes referred to as the political process rationale: see A. W. MacKay, "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713. The *locus classicus* of this rationale is A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

A corollary of the view that expression must be free because of its role in the political process is that only expression relating to the political process is worthy of constitutional protection. However, within these limits protection for expression is said to be absolute. The political process rationale has played a significant role in the development of First Amendment doctrine in the United States, and various justices of the U.S. Supreme Court (though never a majority) have embraced its theory that protection of speech is absolute within these restricted bounds. Its importance has also been affirmed by Canadian courts, both before and since the advent of the *Charter*.

A variant on the political process theory ascribes to freedom of expression a central role as the pivotal freedom on which all others depend. Without the freedom to comment and criticize, other fundamental rights and freedoms may be subvert-

contexte approprié, je présente en guise de préface à mon analyse des questions en litige un bref aperçu philosophique et historique du rôle de la liberté d'expression dans notre société, tant d'un point de vue général que par rapport à la propagande haineuse.

A. Une vue philosophique de la liberté d'expression et la *Charte*

Il existe diverses justifications philosophiques de la liberté d'expression. Certaines placent la liberté d'expression parmi les moyens d'atteindre d'autres fins. D'autres la voient comme une fin en soi.

Parmi les justifications de la liberté d'expression qui tombent dans la première catégorie, la plus remarquable soutient que cette liberté contribue à favoriser le libre échange d'idées qui est indispensable à la démocratie et au fonctionnement des institutions démocratiques. C'est ce qu'on appelle parfois la justification fondée sur le processus politique: voir A. W. MacKay, «Freedom of Expression: Is It All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713. L'énoncé classique de cette justification se trouve dans A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (1948).

Le point de vue selon lequel la liberté d'expression s'impose en raison de son rôle dans le processus politique a pour corollaire que seule mérite la protection constitutionnelle l'expression se rapportant au processus politique. Toutefois l'expression, dit-on, bénéficie d'une protection absolue à l'intérieur de ces limites. La justification fondée sur le processus politique a joué un rôle important dans l'évolution de l'interprétation du Premier amendement aux États-Unis, et plusieurs juges de la Cour suprême des États-Unis (qui n'ont cependant jamais été majoritaires) ont adopté la théorie du caractère absolu de la protection de l'expression dans ces limites précises. L'importance de cette justification a également été affirmée par des tribunaux canadiens, avant comme après l'entrée en vigueur de la *Charte*.

Une variante de la théorie relative au processus politique attribue à la liberté d'expression un rôle crucial en ce qu'elle serait la liberté clé dont dépendent toutes les autres. En effet, sans la liberté de commenter et de critiquer, d'autres

ed by the state. This argument gives freedom of expression an enhanced status in relation to other rights.

The validity of the political process rationale for freedom of expression is undeniable. It is, however, limited. It justifies only a relatively narrow sector of free expression—one much narrower than either the wording of the First Amendment or s. 2(b) of the *Charter* would suggest.

Another venerable rationale for freedom of expression (dating at least to Milton's *Areopagitica* in 1644) is that it is an essential precondition of the search for truth. Like the political process model, this model is instrumental in outlook. Freedom of expression is seen as a means of promoting a "marketplace of ideas", in which competing ideas vie for supremacy to the end of attaining the truth. The "marketplace of ideas" metaphor was coined by Justice Oliver Wendell Holmes, in his famous dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). This approach, however, has been criticized on the ground that there is no guarantee that the free expression of ideas will in fact lead to the truth. Indeed, as history attests, it is quite possible that dangerous, destructive and inherently untrue ideas may prevail, at least in the short run.

Notwithstanding the cogency of this critique, it does not negate the essential validity of the notion of the value of the marketplace of ideas. While freedom of expression provides no guarantee that the truth will always prevail, it still can be argued that it assists in promoting the truth in ways which would be impossible without the freedom. One need only look to societies where free expression has been curtailed to see the adverse effects both on truth and on human creativity. It is no coincidence that in societies where freedom of expression is severely restricted truth is often replaced by the coerced propagation of ideas that may have little relevance to the problems which the society actually faces. Nor is it a coincidence that industry,

droits et libertés fondamentaux pourraient être anéantis par l'État. Cet argument privilégie donc la liberté d'expression par rapport aux autres droits.

^a La légitimité de la justification de la liberté d'expression fondée sur le processus politique est incontestable. Elle a toutefois ses limites. Elle ne justifie en fait qu'un aspect relativement restreint de la liberté d'expression—bien plus restreint que ce qui semble se dégager du texte du Premier amendement ou de l'al. 2b) de la *Charte*.

^c Une autre vénérable justification de la liberté d'expression (qui remonte au moins à de l'*Areopagitica* de Milton en 1644) dit qu'elle est un préalable essentiel de la recherche de la vérité. Ce modèle, comme celui basé sur le processus politique, part d'un point de vue instrumentaliste. La liberté d'expression est perçue comme un moyen de favoriser un «marché des idées» où des idées rivales se disputent la suprématie afin de faire surgir la vérité. La métaphore du «marché des idées» a été forgée par le juge Oliver Wendell Holmes dans sa célèbre dissidence de l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919). On a toutefois reproché à cette justification qu'elle n'offre aucune garantie que la libre expression d'idées conduira vraiment à la vérité. En fait, comme l'Histoire le démontre, il est très possible que des idées dangereuses, destructrices et fondamentalement fausses prévalent, du moins à court terme.

^h Malgré sa force, cette critique ne détruit pas la justesse essentielle de la notion de la valeur du marché des idées. Si la liberté d'expression ne donne aucune garantie que la vérité l'emportera toujours, on peut tout de même soutenir qu'elle contribue, de façons qui seraient impossibles en son absence, à favoriser la recherche de la vérité. Il suffit de prendre le cas de sociétés qui ont restreint la liberté d'expression pour constater combien en souffrent à la fois la vérité et la créativité humaine. Ce n'est pas par coïncidence que, dans des sociétés où la liberté d'expression est sévèrement limitée, la vérité fait souvent place à la propagation forcée d'idées qui peuvent n'avoir que peu de rapport avec les problèmes réels de ces

economic development and scientific and artistic creativity may stagnate in such societies.

Moreover, to confine the justification for guaranteeing freedom of expression to the promotion of truth is arguably wrong, because however important truth may be, certain opinions are incapable of being proven either true or false. Many ideas and expressions which cannot be verified are valuable. Such considerations convince me that freedom of expression can be justified at least in part on the basis that it promotes the "market-place of ideas" and hence a more relevant, vibrant and progressive society.

But freedom of expression may be viewed as more than a means to other ends. Many assert that free expression is an end in itself, a value essential to the sort of society we wish to preserve. This view holds that freedom of expression "derives from the widely accepted premise of Western thought that the proper end of man is the realization of his character and potentialities as a human being". It follows from this premise that all persons have the right to form their own beliefs and opinions, and to express them. "For expression is an integral part of the development of ideas, of mental exploration and of the affirmation of self": T. I. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at p. 879. It is demeaning of freedom of expression and wrong, the proponents of this view argue, to conceive the right only in terms of the ends it may assist in achieving. "[I]t is not a general measure of the individual's right to freedom of expression that any particular exercise of the right may be thought to promote or retard other goals of the society" (p. 880). Freedom of expression is seen as worth preserving for its own intrinsic value.

Those who assert that freedom of expression is worth protecting for its intrinsic value to the self-realization of both speaker and listener tend to

sociétés. Ce n'est pas une coïncidence non plus que le développement industriel et économique ainsi que la créativité scientifique et artistique soient freinés dans ces sociétés.

^a On peut soutenir par ailleurs que c'est une erreur de limiter la justification de la liberté d'expression à la promotion de la vérité, car pour importante que la vérité puisse être, il est impossible de prouver que certaines opinions sont vraies ou fausses. Maintes idées et expressions qui ne peuvent être vérifiées ont néanmoins de la valeur. Ces considérations me convainquent que la liberté d'expression peut se justifier, en partie du moins, par le fait qu'elle favorise le «marché des idées» et permet ainsi la création d'une société plus actuelle, plus dynamique et plus progressive.

^d La liberté d'expression peut toutefois être perçue comme davantage qu'un moyen d'atteindre d'autres fins. Nombreux sont ceux qui affirment en effet que la liberté d'expression est une fin en soi, une valeur essentielle au type de société que nous souhaitons préserver. Suivant ce point de vue, la liberté d'expression [TRADUCTION] «est dérivée de la prémisses généralement acceptée en Occident que la véritable finalité de l'homme est l'épanouissement de son caractère et la réalisation de toutes ses possibilités d'être humain». Il découle de cette prémisses que chacun a le droit de former ses propres croyances et opinions et de les exprimer. [TRADUCTION] «Car l'expression est partie intégrante du développement des idées, de l'exploration intellectuelle et de l'affirmation de soi»: T. I. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, à la p. 879. C'est dévaloriser la liberté d'expression et c'est une erreur selon les tenants de ce point de vue, de concevoir ce droit en fonction uniquement des fins qu'il peut nous aider à atteindre. [TRADUCTION] «[L]e fait qu'un exercice particulier du droit peut être considéré favoriser ou retarder la réalisation d'autres buts collectifs n'est pas la mesure générale de la liberté d'expression d'une personne» (p. 880). La liberté d'expression vaut la peine d'être sauvegardée en raison de sa valeur intrinsèque.

^j Ceux qui affirment que la liberté d'expression vaut la peine d'être protégée pour sa valeur intrinsèque comme moyen de réaliser l'épanouissement

combine this rationale with others. (See for example Emerson, *op. cit.*, at pp. 879-80 and L. Tribe, *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at pp. 785-89.) On its own, this justification for free expression is arguably too broad and amorphous to found constitutional principle. Furthermore, it does not answer the question of why expression should be deserving of special constitutional status, while other self-fulfilling activities are not. Nevertheless, an emphasis on the intrinsic value of freedom of expression provides a useful supplement to the more utilitarian rationales, justifying, for example, forms of artistic expression which some might otherwise be tempted to exclude.

Arguments based on intrinsic value and practical consequences are married in the thought of F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)). Rather than evaluating expression to see why it might be worthy of protection, Schauer evaluates the reasons why a government might attempt to limit expression. Schauer points out that throughout history, attempts to restrict expression have accounted for a disproportionate share of governmental blunders—from the condemnation of Galileo for suggesting the earth is round to the suppression as “obscene” of many great works of art. Professor Schauer explains this peculiar inability of censoring governments to avoid mistakes by the fact that, in limiting expression, governments often act as judge in their own cause. They have an interest in stilling criticism of themselves, or even in enhancing their own popularity by silencing unpopular expression. These motives may render them unable to carefully weigh the advantages and disadvantages of suppression in many instances. That is not to say that it is always illegitimate for governments to curtail expression, but government attempts to do so must *prima facie* be viewed with suspicion.

Schauer’s approach reminds us that no one rationale provides the last word on freedom of

tant de celui qui s’exprime que de l’auditeur, ont tendance à lier cette justification à d’autres. (Voir, par exemple, Emerson, *loc. cit.*, aux pp. 879 et 880, et L. Tribe, *American Constitutional Law* (2^e éd. 1988), aux pp. 785 à 789.) Prise isolément, cette justification de la libre expression est peut-être trop large et trop imprécise pour fonder un principe constitutionnel. En outre, elle n’explique pas pourquoi l’expression mérite un statut constitutionnel particulier et non certaines autres activités d’épanouissement personnel. Néanmoins, l’importance donnée à la valeur intrinsèque de la liberté d’expression est un complément utile aux justifications de caractère plus utilitaires qui admettent, par exemple, certaines formes d’expression artistique que certains pourraient autrement être tentés d’exclure.

Dans la pensée de F. Schauer (*Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982)), les arguments fondés sur la valeur intrinsèque se marient à ceux fondés sur les conséquences pratiques. Plutôt que d’évaluer l’expression pour voir pourquoi elle pourrait mériter la protection, Schauer considère les raisons susceptibles d’amener un gouvernement à essayer de limiter l’expression. L’histoire démontre, souligne Schauer, que les tentatives de restriction de l’expression figurent en nombre disproportionné parmi les bévues gouvernementales—de la condamnation de Galilée pour avoir affirmé que la Terre est ronde jusqu’à la suppression de grandes œuvres d’art jugées «obscènes». Le professeur Schauer explique cette curieuse incapacité des gouvernements qui pratiquent la censure d’éviter les erreurs par le fait qu’en limitant l’expression les gouvernements se constituent souvent juge et partie. Ils ont intérêt à faire taire les critiques à leur endroit, ou même à augmenter leur propre popularité en étouffant l’expression impopulaire. Ces mobiles les mettent souvent dans l’impossibilité de bien peser le pour et le contre de la suppression. Cela ne veut pas dire qu’il est toujours illégitime de la part des gouvernements d’imposer des restrictions à l’expression, mais toute tentative de ce genre de la part d’un gouvernement doit à première vue éveiller la suspicion.

Le raisonnement de Schauer nous rappelle qu’aucune justification n’est définitive en matière

expression. Indeed, it seems likely that theories about freedom of expression will continue to develop.

How do these diverse justifications of freedom of expression relate to s. 2(b) of the *Charter*? First, it may be noted that the broad wording of s. 2(b) of the *Charter* is arguably inconsistent with a justification based on a single facet of free expression. This suggests that there is no need to adopt any one definitive justification for freedom of expression. Different justifications for freedom of expression may assume varying degrees of importance in different fact situations. However, each of the above rationales is capable of providing guidance as to the scope and content of s. 2(b).

The interpretation which has been placed on s. 2(b) of the *Charter* confirms the relevance of both instrumental and intrinsic justifications for free expression. This Court has adopted a purposive approach in construing the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. When placed in the context of the judicial history of freedom of expression in Canada, it suggests that it is appropriate to consider the ends which freedom of speech may serve in determining its scope and the justifiability of infringements upon it. These ends include the maintenance of our democratic rights and the benefits to be gained from the pursuit of truth and creativity in science, art, industry and other endeavours. At the same time, the emphasis which this Court has placed upon the inherent dignity of the individual in interpreting *Charter* guarantees suggests that the rationale of self-actualization should also play an important part in decisions under s. 2(b) of the *Charter*.

In accordance with this eclectic approach, the Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, identified three values as underlying the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*: the value of seeking and attaining truth; the value of participation in social and political decision-making; and individual self-fulfillment and human flourishing.

de liberté d'expression. En fait, il est probable que des théories relatives à la liberté d'expression continueront à se développer.

^a En quoi ces diverses justifications de la liberté d'expression se rapportent-elles à l'al. 2b) de la *Charte*? On peut souligner d'abord que la portée large du texte de l'al. 2b) de la *Charte* est peut-être incompatible avec une justification fondée sur une seule facette de la liberté d'expression. Cela laisse supposer qu'il n'est pas besoin d'adopter une justification définitive de la liberté d'expression. Différentes justifications de la liberté d'expression peuvent prendre divers degrés d'importance dans différentes situations. Toutefois, chacune des justifications susmentionnées peut nous éclairer sur la portée et le contenu de l'al. 2b).

^d L'interprétation qui a été donnée à l'al. 2b) de la *Charte* confirme la pertinence des justifications de la liberté d'expression selon sa valeur tant instrumentale qu'intrinsèque. Notre Cour interprète les droits et libertés garantis par la *Charte* en fonction de l'objet visé. Dans le contexte de l'histoire judiciaire de la liberté d'expression au Canada, cela permet de penser qu'il y a lieu, dans la détermination de sa portée et du caractère justifiable de sa restriction, de tenir compte des fins pouvant être servies par la liberté de parole. Ces fins comprennent le maintien de nos droits démocratiques et les avantages de la créativité et de la recherche de la vérité dans les sciences, dans l'art, dans l'industrie et dans d'autres domaines. En même temps, l'importance que notre Cour a attachée à la dignité intrinsèque de l'individu en interprétant les droits et libertés garantis par la *Charte* indique que la justification qu'est l'épanouissement personnel doit jouer un rôle de premier plan dans les décisions fondées sur l'al. 2b) de la *Charte*.

ⁱ En conformité avec cette approche éclectique, notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, a énuméré trois valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

Free expression is a fundamental value in our society for any and all of these reasons. Nevertheless, it is not an absolute value. Like other liberties which we prize so highly, freedom of expression must in certain circumstances give way to countervailing considerations. The question is always one of balance. Freedom of expression protects certain values which we consider fundamental—democracy, a vital, vibrant and creative culture, the dignity of the individual. At the same time, free expression may put other values at risk. It may harm reputations, incite acts of violence. It may be abused to undermine our fundamental governmental institutions and undercut racial and social harmony. The law may legitimately trench on freedom of expression where the value of free expression is outweighed by the risks engendered by allowing freedom of expression.

The framers of the *Charter* recognized both the fundamental nature of freedom of expression and the necessity of sometimes limiting it where the risks it poses are too great for society to tolerate. Its importance is reflected in the broad and untrammelled definition of expression embodied in s. 2(b). The guarantee of free expression is not internally limited as are certain other *Charter* rights (e.g., s. 8 of the *Charter*) or as are the equivalent guarantees in the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966). The guarantees of free expression in those documents explicitly permit a wide variety of limitations on free expression—limitations which the person asserting the right of free expression must observe. By contrast, the Canadian guarantee of free expression is more comprehensive. The provision is a very broad guarantee, and all expression is *prima facie* protected. Any infringement must be justified by the state under s. 1. Moreover, as will be observed *infra*, freedom of expression had achieved a near-constitutional status in Canada long before its specific entrenchment by the *Charter*. All this suggests that the framers of the *Charter* envisaged freedom

Pour toutes ces raisons et chacune d'elles, la liberté d'expression est une valeur fondamentale dans notre société. Cette valeur n'est pourtant pas absolue. Comme d'autres libertés auxquelles nous attachons tant de prix, la liberté d'expression doit dans certaines circonstances céder le pas à des considérations opposées. Il s'agit toujours d'une question d'équilibre. La liberté d'expression protège certaines valeurs que nous tenons pour fondamentales—la démocratie, une culture vivante, dynamique et créative, et la dignité de l'individu. Il se peut néanmoins que la liberté d'expression compromette d'autres valeurs. Elle peut en effet nuire à des réputations et inciter à la violence. On peut en abuser dans le but de saper nos institutions politiques fondamentales et de miner l'harmonie raciale et sociale. Le législateur peut légitimement porter atteinte à la liberté d'expression dans un cas où les risques inhérents à cette liberté l'emportent sur sa valeur.

Les rédacteurs de la *Charte* ont reconnu à la fois le caractère fondamental de la liberté d'expression et la nécessité d'y imposer parfois des limites lorsque les risques qu'elle pose sont trop grands pour être tolérés par la société. Son importance est reflétée dans la définition large et sans restriction du mot «expression» à l'al. 2b). La garantie de liberté d'expression, à la différence de certains autres droits conférés par la *Charte* (par exemple, l'art. 8 de la *Charte*) ou contrairement aux garanties analogues énoncées dans la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950), et dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966), n'est assujettie à aucune limitation découlant de son texte même. La garantie de liberté d'expression dans ces documents autorise explicitement une grande variété de restrictions à cette liberté—restrictions que la personne invoquant le droit à la libre expression doit respecter. La garantie canadienne de la liberté d'expression, au contraire, est plus globale. La disposition prévoit une garantie très large et toute expression bénéficie à première vue d'une protection. Toute dérogation doit être justifiée par l'État en vertu de l'article premier. De plus, comme je le fais observer ci-

of expression as a comprehensive, fundamental right of great importance.

At the same time, the *Charter* permits freedom of speech to be restricted by law where this is justified by the need to protect more important countervailing values. Thus the broad guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter* is made subject to s. 1 which permits such reasonable limitations on the right as may be justified in a free and democratic society.

B. The Historical Perspective

Freedom of speech and the press had acquired quasi-constitutional status well before the adoption of the *Charter* in 1982. In a series of cases dealing with legislation passed by repressive provincial regimes, the Supreme Court endorsed the proposition that the right to express political ideas could not be trammelled by the legislatures: see MacKay, *op. cit.*, at pp. 715-16.

The focus of these decisions was the division of powers between the provinces and the federal government. The Alberta Press reference (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100) provides a good example. At issue was a bill introduced by the Alberta Legislature to compel newspapers to disclose their sources of news information and to print government statements correcting previous articles. The bill was struck down on the basis that the province had no jurisdiction over the free working of the political institutions of the state. Political expression, vital to the country as a whole, could not be limited by provincial legislation.

This approach to free expression was accepted and amplified by some judges of this Court in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, and *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285. Rand J. and Abbott J. spoke of an implied bill of

après, la liberté d'expression avait acquis un statut quasi constitutionnel au Canada, bien avant d'être consacrée expressément par la *Charte*. Tout cela permet de penser que les rédacteurs de la *Charte* ont envisagé la liberté d'expression comme un droit fondamental de vaste portée et de grande importance.

La *Charte* permet néanmoins la restriction de la liberté d'expression par une règle de droit lorsque cela se justifie par la nécessité de protéger des valeurs opposées plus importantes. Ainsi, la garantie large de la liberté d'expression à l'al. 2b) de la *Charte* est assujettie à l'article premier qui permet que ce droit soit restreint dans des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

B. La perspective historique

La liberté d'expression et la liberté de la presse avaient acquis un statut quasi constitutionnel bien avant l'adoption de la *Charte* en 1982. Dans une série d'arrêts concernant des mesures législatives prises par des régimes provinciaux répressifs, la Cour suprême a donné son aval à la thèse selon laquelle le droit d'exprimer des idées politiques ne pouvait être limité par les législateurs provinciaux: voir MacKay, *loc. cit.*, aux pp. 715 et 716.

Ces arrêts visaient principalement le partage des compétences entre les provinces et le gouvernement fédéral. Le renvoi relatif à la presse albertaine (*Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100) en est un bon exemple. Le litige portait sur un projet de loi déposé devant la législature de l'Alberta, qui visait à contraindre les journaux à divulguer les sources de leurs nouvelles et à publier les déclarations du gouvernement corrigéant des articles antérieurs. Ce projet de loi a été déclaré invalide au motif que la province n'avait pas compétence sur le libre fonctionnement des institutions politiques de l'État. L'expression politique, vitale pour l'ensemble du pays, ne pouvait être limitée par un texte législatif provincial.

Cette position à l'égard de la liberté d'expression a été acceptée et développée par certains juges de notre Cour dans les arrêts *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285. Les juges Rand et

rights arising out of the provision in the *Constitution Act, 1867*, for “a constitution similar in principle to that of the United Kingdom.”

These decisions confirmed the fundamental importance of freedom of speech and the press in Canada. The conception of freedom of speech embodied in these cases, however, was largely limited to the political process model. Subsequent cases, such as *Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 S.C.R. 1067, suggested an unwillingness to promote a broad concept of freedom of expression. Furthermore, in the pre-*Charter* context fundamental notions of free speech were ultimately recognized as subservient to legislative limits. The concept of an implied bill of rights put forward in *Saumur* and *Switzman* was rejected by the Court in *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, and the overriding power of legislatures to define the limits of free speech was confirmed in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307.

Nevertheless, one thing has remained constant through all the decisions. That is the recognition that freedom of speech is a fundamental Canadian value.

Other pre-*Charter* cases reflected a broader approach to the scope of free speech concerns. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, this Court affirmed the fundamental value of freedom of speech not only in our political system, but also in society generally. Rand J. wrote at p. 288:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality. . . . Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there

Abbott ont parlé d'une déclaration des droits implicite tirée de la disposition de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoyant «une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni».

^a Ces arrêts viennent confirmer l'importance fondamentale de la liberté d'expression et de la liberté de la presse au Canada. Toutefois, la conception de la liberté d'expression que renferment ces arrêts se limitait pour l'essentiel à un modèle de processus politique. Des arrêts postérieurs, tels *Cherneskey c. Armadale Publishers Ltd.*, [1979] 1 R.C.S. 1067, laissent transparaître une certaine réticence à favoriser une conception large de la liberté d'expression. De plus, avant la *Charte*, il avait été reconnu en dernière analyse que les notions fondamentales de la liberté de parole étaient assujetties à des restrictions législatives. L'idée d'une déclaration implicite des droits, avancée dans les arrêts *Saumur* et *Switzman*, a été rejetée par notre Cour dans l'arrêt *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, et le pouvoir prépondérant des législatures de définir les limites de la liberté d'expression a été confirmé dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307.

^f Il y a néanmoins dans toute cette jurisprudence une constante: la reconnaissance que la liberté d'expression est une valeur fondamentale au Canada.

^g D'autres arrêts antérieurs à la *Charte* traduisent une approche plus globale de la portée de la liberté de parole. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, notre Cour a confirmé l'importance fondamentale de la liberté de parole non seulement dans notre système politique, mais aussi dans l'ensemble de la société. Le juge Rand écrit, à la p. 288:

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. [. . .] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives

can be fanatical puritanism in ideas as well as in morals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and deeper uniformities as bases of social stability.

The enactment of s. 2(b) of the *Charter* represented both the continuity of these traditions, and a new flourishing of the importance of freedom of expression in Canadian society. As Professor MacKay has stated, *op. cit.*, at p. 714:

Freedom of expression was not invented by the Charter of Rights and Freedoms but it has acquired new dimensions as a consequence of its entrenchment.

Continuity has been stressed in cases such as *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573. McIntyre J., at p. 583, recognized both the deep roots of freedom of expression in Canadian society, and the key role it has played in our democratic development:

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

At the same time, bearing in mind the breadth of the wording of the guarantee in s. 2(b), and the need for a broad and liberal interpretation to realize the purposes of the guarantee, this Court has shown its preference for the broad approach set forth by Rand J. in *Boucher*. Rejecting the proposition that the *Charter's* guarantee of freedom of expression is confined to political matters, this Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, and *Irwin Toy, supra*, that the *Charter* applies to commercial expression. All activities which convey or attempt to convey meaning *prima facie* fall within the scope of the guarantee: *Irwin Toy, per Dickson C.J.*, Lamer and Wilson JJ. Within the framework of this

controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

L'adoption de l'al. 2b) de la *Charte* représentait à la fois la continuité dans ces traditions et un nouvel essor de l'importance de la liberté d'expression au sein de la société canadienne. Comme le dit le professeur MacKay, *loc. cit.*, à la p. 714:

[TRADUCTION] La liberté d'expression n'a pas été inventée par la Charte des droits et libertés, mais elle a pris de nouvelles dimensions par suite de sa constitutionnalisation.

L'idée de continuité a été soulignée dans des arrêts comme *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre, à la p. 583, reconnaît que la liberté d'expression est profondément enracinée dans la société canadienne et qu'elle a joué un rôle-clé dans notre évolution démocratique:

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

En même temps, gardant à l'esprit la large portée du libellé de la garantie à l'al. 2b), ainsi que la nécessité d'une interprétation large et libérale susceptible d'assurer la réalisation des objets de cette garantie, notre Cour a manifesté sa préférence pour l'interprétation large exposée par le juge Rand dans l'arrêt *Boucher*. Écartant l'idée que la garantie de liberté d'expression contenue dans la *Charte* se borne au domaine de la politique, notre Cour a jugé dans les arrêts *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, et *Irwin Toy*, précité, que la *Charte* s'applique à l'expression commerciale. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre une signification relève à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le

general principle, however, some of the classic rationales for protecting freedom of expression have been given a limited role in interpreting s. 2(b). Where a government measure limits expressive activity not by design but in its effects, to make out a violation of s. 2(b) the claimant must show that the expressive activity relates to those values identified in *Irwin Toy* as underlying the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*: the value of seeking and attaining truth; the value of participation in social and political decision-making; and individual self-fulfillment and human flourishing.

C. Hate Propaganda and Freedom of Speech— An Overview

Before entering upon the analysis of whether s. 319(2) of the *Criminal Code* is inconsistent with the *Charter* and must be struck down, it may be useful to consider the conflicting values underlying the question of the prohibition of hate literature and how the issue has been treated in other jurisdictions.

Hate literature presents a great challenge to our conceptions about the value of free expression. Its offensive content often constitutes a direct attack on many of the other principles which are cherished by our society. Tolerance, the dignity and equality of all individuals; these and other values are all adversely affected by the propagation of hateful sentiment. The problem is not peculiarly Canadian; it is universal. Wherever racially or culturally distinct groups of people live together, one finds people, usually a small minority of the population, who take it upon themselves to denigrate members of a group other than theirs. Canada is no stranger to this conduct. Our history is replete with examples of discriminatory communications. In their time, Canadians of Asian and East Indian descent, black, and native people have been the objects of communications tending to foster hate. In the case at bar it is the Jewish people who have been singled out as objects of calumny.

juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Dans le cadre de ce principe général, toutefois, certaines justifications classiques de la protection de la liberté d'expression se sont vu attribuer un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2b). Lorsqu'une mesure gouvernementale limite une activité expressive, non par dessein, mais par ses effets, le plaignant doit, pour établir une violation de l'al. 2b), démontrer que l'activité expressive est reliée aux valeurs qui, d'après l'arrêt *Irwin Toy*, sous-tendent la liberté d'expression garantie à l'al. 2b) de la *Charte*: la recherche de la vérité; la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique; et l'enrichissement et l'épanouissement personnels.

C. La propagande haineuse et la liberté d'ex- pression—un aperçu

Avant de s'engager dans l'étude de la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est incompatible avec la *Charte* et, partant, invalide, il pourrait être utile d'examiner les valeurs opposées sous-jacentes à la question de l'interdiction des écrits haineux et la façon dont cette question a été abordée dans d'autres ressorts.

Les écrits haineux sont en conflit avec notre conception de la valeur de la liberté d'expression. Leur contenu offensant attaque souvent directement un grand nombre d'autres principes chers à notre société. La tolérance, la dignité et l'égalité de tous; ces valeurs et d'autres valeurs sont toutes affaiblies par la diffusion des sentiments de haine. Ce problème n'est pas proprement canadien; il est universel. Partout où vivent ensemble des groupes qui diffèrent par leur race ou leur culture, on trouve des gens, normalement une faible minorité de la population, qui se permettent de dénigrer les membres d'un groupe autre que les leurs. Le Canada n'est pas exempt de ce phénomène. Notre histoire abonde en exemples de communications discriminatoires. Les Canadiens d'origine asiatique, les Noirs, les autochtones ont à une époque fait l'objet de communications tendant à provoquer la haine. En l'espèce, ce sont les juifs qu'on a décidé de calomnier.

The evil of hate propaganda is beyond doubt. It inflicts pain and indignity upon individuals who are members of the group in question. In so far as it may persuade others to the same point of view, it may threaten social stability. And it is intrinsically offensive to people—the majority in most democratic countries—who believe in the equality of all people regardless of race or creed.

For these reasons, governments have legislated against the dissemination of propaganda directed against racial groups, and in some cases this legislation has been tested in the courts. Perhaps the experience most relevant to Canada is that of the United States, since its Constitution, like ours, places a high value on free expression, raising starkly the conflict between freedom of speech and the countervailing values of individual dignity and social harmony. Like s. 2(b), the First Amendment guarantee is conveyed in broad, unrestricted language, stating that “Congress shall make no law . . . abridging the freedom of speech, or of the press”. The relevance of aspects of the American experience to this case is underlined by the facts and submissions, which borrowed heavily from ideas which may be traced to the United States.

The protections of the First Amendment to the U.S. Constitution, and in particular free speech, have always assumed a particular importance within the U.S. constitutional scheme, being regarded as the cornerstone of all other democratic freedoms. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), “[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein” (p. 642). The U.S. Supreme Court, particularly in recent years, has pronounced itself strongly on the need to protect

Que la propagande haineuse soit répréhensible ne fait aucun doute. Elle fait souffrir les membres du groupe visé et les humilie. Pour autant qu'elle puisse amener d'autres personnes au même point de vue, elle risque de menacer la stabilité sociale. Elle est de plus choquante en soi aux yeux des personnes—majoritaires dans la plupart des pays démocratiques—qui croient en l'égalité de tous indépendamment de la race ou des croyances.

Pour ces raisons, les gouvernements ont légiféré contre la diffusion de propagande visant des groupes raciaux et ces mesures législatives ont parfois été contestées devant les tribunaux. Pour le Canada, c'est peut-être l'expérience des États-Unis qui est la plus pertinente puisque la constitution américaine, comme la nôtre, attache une valeur élevée à la liberté d'expression, mettant en relief le conflit entre la liberté d'expression et les valeurs de la dignité individuelle et de l'harmonie sociale qui lui font contrepoids. Comme l'al. 2b), le Premier amendement exprime la garantie en termes larges, non restrictifs, quand il prévoit que [TRADUCTION] «le Congrès n'adoptera pas de lois [. . .] qui limitent la liberté de parole ou la liberté de la presse». La pertinence de certains aspects de l'expérience américaine en l'espèce est soulignée par les mémoires et les arguments des parties, qui s'inspirent largement d'idées provenant des États-Unis.

Les protections accordées par le Premier amendement de la Constitution des États-Unis, et notamment la liberté de parole, ont toujours revêtu une importance particulière dans le système constitutionnel américain, étant considérées comme la pierre angulaire de toutes les autres libertés démocratiques. Comme le dit le juge Jackson dans la décision *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), [TRADUCTION] «s'il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui que nul fonctionnaire, indépendamment de son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme, de religion ou dans d'autres questions d'opinion ni forcer les citoyens à confesser par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie» (p. 642). La Cour suprême des États-Unis, surtout au cours des dernières années, a affirmé énergique-

speech even at the expense of other worthy competing values.

Nevertheless, tolerance for unpopular speech, especially speech which was perceived as a threat to vital security interests, was not initially a hallmark of the U.S. Supreme Court. When the socialist labour leader Eugene Debs made a speech critical of United States involvement in the First World War, the court was content to uphold his conviction for “wilfully caus[ing] or attempt[ing] to cause . . . insubordination, disloyalty, mutiny, or refusal of duty, in the military or naval forces . . . or . . . wilfully obstruct[ing] . . . the recruiting or enlistment service”: *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). A companion case set out the classic test for the justifiability of an abridgement of free speech:

The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent.

(*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), at p. 52.)

The test was stiffened in the famous dissents of Holmes J. in *Abrams v. United States*, *supra*, at p. 628 (“present danger of immediate evil or an intent to bring it about”), and Brandeis J. (Holmes J. concurring) in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 377-78:

To courageous, self-reliant men, with confidence in the power of free and fearless reasoning applied through the processes of popular government, no danger flowing from speech can be deemed clear and present, unless the incidence of the evil apprehended is so imminent that it may befall before there is opportunity for full discussion. If there be time to expose through discussion the falsehood and fallacies, to avert the evil by the processes of education, the remedy to be applied is more speech, not enforced silence . . .

ment la nécessité de protéger l’expression même aux dépens d’autres valeurs importantes qui lui font concurrence.

^a Toutefois la tolérance à l’égard de l’expression impopulaire et surtout à l’égard de celle qui était perçue comme menaçant des intérêts vitaux en matière de sécurité, n’était pas initialement l’image de marque de la Cour suprême des États-Unis. En effet, quand le dirigeant syndical socialiste Eugene Debs a prononcé un discours critiquant la participation des États-Unis à la Première Guerre mondiale, la cour s’est contentée de maintenir le verdict de culpabilité d’avoir [TRADUCTION] «volontairement provoqué ou tenté de provoquer [...] l’insubordination, la déloyauté, la mutinerie ou le refus de servir dans l’armée ou dans la marine [...] ou [d’avoir] volontairement entravé [...] le recrutement ou l’enrôlement»: *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919). Un arrêt connexe énonce le critère classique pour déterminer si la restriction de la liberté de parole est justifiable:

^e [TRADUCTION] La question dans chaque cas est de savoir si de par les circonstances dans lesquelles ils ont été tenus et de par leur nature les propos créent un danger clair et présent d’occasionner les maux concrets que le Congrès est en droit de prévenir.

^f (*Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), à la p. 52.)

^g Ce critère a été renforcé dans les célèbres dissidences du juge Holmes dans l’affaire *Abrams v. United States*, précitée, à la p. 628 ([TRADUCTION] «le danger présent d’un mal immédiat ou l’intention de l’occasionner»), et du juge Brandeis (avec l’appui du juge Holmes) dans l’affaire *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 377 et 378:

^h [TRADUCTION] Nul homme courageux et indépendant ayant confiance dans le pouvoir du raisonnement libre et sans crainte exercé dans le cadre du gouvernement populaire, ne peut estimer clair et présent un danger suscité par le discours à moins que le tort appréhendé ne soit tellement imminent qu’il risque de se produire sans laisser d’occasion pour une discussion complète. S’il est possible d’exposer au grand jour, au moyen de la discussion, ce qui est faux et erroné et de dénoncer le tort en recourant au processus de l’éducation, le remède à appliquer est de permettre la parole et non d’imposer le silence . . .

Moreover, even imminent danger cannot justify resort to prohibition of these functions essential to effective democracy, unless the evil apprehended is relatively serious . . . There must be the probability of serious injury to the State.

This stricter formulation of the “clear and present danger” test came to be accepted as the standard for a justified infringement of the free speech guarantee, but it too was subject to varying interpretation. In the crisis atmosphere of the cold war, the court upheld convictions of communists for conspiring to advocate the overthrow of the United States government in *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). Purporting to apply the above test, the court endorsed the following formulation (at p. 510):

In each case [courts] must ask whether the gravity of the “evil”, discounted by its improbability, justifies such invasion of free speech as is necessary to avoid the danger.

This is how matters stood when hate propaganda first came to the attention of the court.

In *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), a closely divided court upheld the constitutionality of a statute bearing some resemblance to s. 319(2) of the Canadian *Criminal Code*, prohibiting exhibition in any public place of any publication portraying “depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion [which exposes such citizens] to contempt, derision or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots”. Frankfurter J., writing the court’s opinion, held that the statute prohibited libelous utterances directed against groups, and that these utterances were outside of the ambit of the First Amendment. Quoting from the court’s decision in *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), he stated (at pp. 255-57):

Today, every American jurisdiction . . . punish[es] libels directed at individuals. “There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention

D’autre part, pas même le danger imminent ne peut justifier l’interdiction de ces fonctions essentielles à une démocratie efficace, à moins que le tort appréhendé ne soit relativement grave [. . .] Il doit exister la probabilité que l’État subira un préjudice grave.

C’est cette formulation plus stricte du critère du «danger clair et présent» qui a été finalement acceptée comme la norme de l’atteinte justifiée à la liberté de parole, mais elle souffrait elle aussi des interprétations variées. Dans l’atmosphère de crise de la guerre froide, la Cour suprême des États-Unis, dans l’affaire *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), a maintenu des verdicts de culpabilité d’avoir comploté en vue de préconiser le renversement du gouvernement des États-Unis, rendus contre des communistes. Sous couleur d’appliquer le critère précité, la cour a donné son approbation à la formulation suivante (à la p. 510):

[TRADUCTION] Dans chaque cas, les tribunaux doivent se demander si la gravité du «mal», compte tenu de son improbabilité, justifie les atteintes à la liberté de parole qui sont nécessaires pour éviter le danger.

Voilà où en étaient les choses lorsque la cour a été saisie pour la première fois de la question de la propagande haineuse.

Dans l’affaire *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), la cour, à très faible majorité, a déclaré constitutionnelle une loi qui présentait une certaine ressemblance avec le par. 319(2) du *Code criminel* canadien et interdisait de montrer dans un lieu public une publication représentant [TRADUCTION] «comme dépravé, criminel, intempérant ou débauché un groupe de citoyens se différenciant par leur race, couleur, croyance ou religion, [qui expose ces citoyens] au mépris, à la dérision ou à l’opprobre ou qui incite à la violation de la paix publique ou à des émeutes». Le juge Frankfurter, qui a rédigé les motifs de la cour, a dit que la loi en cause interdisait les déclarations diffamatoires visant des groupes et que le Premier amendement ne s’appliquait pas à ces déclarations. Citant l’arrêt *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), il dit (aux pp. 255 à 257):

[TRADUCTION] Aujourd’hui tous les états américains [sanctionnent] la diffamation de particuliers. «Il est certains types d’expression bien définis et étroitement

and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or “fighting” words—those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality . . .”

But the full flowering of First Amendment doctrine came after the *Beauharnais* case. Later cases have weakened its authority to the extent that many regard it as overruled. In the first place, the U.S. Supreme Court has recognized that libel laws do indeed “raise constitutional problems”. *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), held that a public official, in order to bring an action for libel, had to show that the defamatory statement was directed at the official personally, and that the maker of the statement had actual knowledge that it was false. Secondly, the “clear and present danger” test went through yet another metamorphosis. *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), struck down a statute forbidding a person to “advocat[e] . . . the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform”, in a prosecution of a Klansman who showed a film that was derogatory of Negroes and Jews and implied that “revengeance” should be taken against them. The test that emerges from *Brandenburg* is much stricter than the earlier formulations—advocacy of the use of force or violation of the law cannot be proscribed “except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action” (p. 447).

The U.S. Supreme Court subsequently refused to grant *certiorari* in two more recent cases which call *Beauharnais* into question. In *Collin v. Smith*,

circoscrits dont l’interdiction et la sanction n’ont jamais été considérées comme posant un problème constitutionnel. Il s’agit notamment de paroles lubriques, obscènes, blasphématoires et diffamatoires, de paroles injurieuses ou hostiles, bref, les paroles dont la seule articulation porte préjudice ou tend à inciter à troubler immédiatement la paix publique. On a dit avec raison que de telles paroles ne sont nullement essentielles à l’exposition d’idées et que leur valeur sociale dans la recherche de la vérité est tellement minime que tout avantage pouvant en être tiré cède manifestement le pas à l’intérêt qu’a la société dans l’ordre et la moralité. . . »

Ce n’est toutefois qu’après l’arrêt *Beauharnais* que la doctrine du Premier amendement a pris tout son essor. La jurisprudence subséquente est venue affaiblir cet arrêt à un point tel que beaucoup le tiennent pour renversé. Premièrement, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que les lois en matière de diffamation posent effectivement [TRADUCTION] «des problèmes constitutionnels». L’arrêt *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), a statué qu’un fonctionnaire public ne pouvait tenter une action en diffamation que s’il établissait qu’il était personnellement visé par la déclaration diffamatoire et que l’auteur de la déclaration savait qu’elle était fausse. Deuxièmement, le critère du «danger clair et présent» a subi encore une autre métamorphose. L’arrêt *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), a invalidé une loi interdisant de [TRADUCTION] «prôner [. . .] le devoir, la nécessité ou la légitimité du crime, du sabotage, de la violence ou des méthodes de terrorisme illégales comme moyens de réaliser la réforme industrielle ou politique», dans le cadre de poursuites engagées contre un membre du Ku Klux Klan qui avait présenté un film dénigrant les Noirs et les juifs et laissant entendre qu’il fallait prendre revanche sur eux. Le critère qui se dégage de l’arrêt *Brandenburg* est beaucoup plus strict que les formulations antérieures: le fait de préconiser le recours à la force ou la violation des lois ne peut être proscrit [TRADUCTION] «que lorsque les paroles en cause visent à inciter ou à susciter de façon imminente des actes illégaux et risquent d’inciter ou de susciter de tels actes» (p. 447).

La Cour suprême des États-Unis a par la suite refusé d’accorder un *certiorari* dans deux autres causes récentes qui mettaient en doute l’arrêt

578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), a federal court struck down an ordinance forbidding the dissemination of any material (including public displays of symbolic significance) promoting and inciting racial or religious hatred, in a case where neo-Nazis proposed a march, complete with swastikas, through the predominantly Jewish village of Skokie, Illinois. And in *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), an ordinance forbidding the display of "graphic sexually explicit subordination of women" was held to be unconstitutional. The effect of these cases has been to undermine the authority of *Beauharnais*, *supra*. As Tribe, *op. cit.*, at p. 861, n. 2, puts it:

The continuing validity of the *Beauharnais* holding is very much an open question. See, e.g., *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916, 919 (1978) (Blackmun, J., dissenting from denial of certiorari) (noting that *Beauharnais* "has not been overruled or formally limited"). In recent years, courts have given *Beauharnais* a very limited reading. In *Collin v. Smith* ... the Seventh Circuit stated that "(i)t may be questioned after such cases as *Cohen v. California*, (403 U.S. 15 (1971)), *Gooding v. Wilson*, (405 U.S. 518 (1972)), and *Brandenburg v. Ohio*, (395 U.S. 444 (1969) (per curiam)), whether the tendency to induce violence approach sanctioned implicitly in *Beauharnais* would pass constitutional muster today." ... In *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut* ... the Seventh Circuit stated that subsequent cases "had so washed away the foundations of *Beauharnais* that it could not be considered authoritative."

It is worth describing a few doctrines associated with free speech that form part of the reasoning in the U.S. cases, and which are cited in the *factums*. One is a hierarchy of possible abridgements on free speech. Legislation against the content of speech has been distinguished from legislation restricting speech in other ways, with the former attracting stricter judicial scrutiny. For example, while "time, place and manner" regulation of speech has traditionally been given some latitude, an ordinance preventing picketing other than

Beauharnais. Dans *Collin v. Smith*, 578 F.2d 1197 (7th Cir. 1978), une cour fédérale a invalidé une ordonnance qui interdisait la diffusion de toute matière (y compris les expositions publiques ayant une signification symbolique) favorisant la haine raciale ou religieuse et y incitant, dans un cas où des néo-nazis voulaient défilier pacifiquement en arborant la croix gammée dans le village de Skokie (Illinois) dont la population était majoritairement juive. Dans *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut*, 771 F.2d 323 (7th Cir. 1985), une ordonnance qui interdisait l'étalage de représentations [TRADUCTION] «claires et sexuellement explicites de l'asservissement de femmes» a été déclarée inconstitutionnelle. Ces arrêts ont eu pour effet de miner l'autorité de l'arrêt *Beauharnais*, précité. Comme le dit Tribe, *op. cit.*, à la p. 861, note 2:

[TRADUCTION] La question de savoir si l'arrêt *Beauharnais* s'applique toujours, est loin d'être réglée. Voir, p. ex., *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916, 919 (1978) (le juge Blackmun, dissident relativement au refus d'accorder le certiorari, faisant remarquer que l'arrêt *Beauharnais* «n'a pas été renversé ni sa portée formellement limitée»). Au cours des dernières années, les tribunaux ont donné à l'arrêt *Beauharnais* une interprétation très restrictive. Dans l'arrêt *Collin v. Smith*, [...] le Septième circuit a dit: «On peut se demander à la suite d'arrêts tels que *Cohen v. California*, (403 U.S. 15 (1971)), *Gooding v. Wilson*, (405 U.S. 518 (1972)), et *Brandenburg v. Ohio*, (395 U.S. 444 (1969) (la cour)), si, du point de vue constitutionnel, le critère de la tendance à inciter à la violence, implicitement approuvé dans l'arrêt *Beauharnais*, serait acceptable aujourd'hui.» [...] Dans l'arrêt *American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut* [...] le Septième circuit a dit que la jurisprudence subséquente «avait tellement rongé les fondations de l'arrêt *Beauharnais* qu'il ne pouvait plus être considéré comme faisant autorité».

Il est utile d'exposer quelques théories sur la liberté d'expression qui font partie du raisonnement adopté dans les arrêts américains et qui sont invoqués dans les mémoires. L'une d'elles est la hiérarchie de limitations pouvant être imposées à la liberté de parole. On a distingué en effet entre les textes législatifs interdisant le contenu de l'expression et ceux qui viennent limiter l'expression d'autres manières, les premiers étant soumis à un examen judiciaire plus attentif. Par exemple, s'il y a traditionnellement eu une certaine latitude dans

labour picketing near schools has been struck down because it draws a distinction based on content of the speech: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Viewpoint-based abridgments of speech, in which the Government selects between viewpoints, will very rarely be justifiable. Section 319(2) of the *Criminal Code* is probably best described as content-based rather than viewpoint-based, because the Government itself does not choose between viewpoints directly. For example, a statement declaring the superiority of a particular race is not preferred over a declaration suggesting the reverse hierarchy. Rather, all discussion of the superiority of a particular race over another is potentially suspect. This content-based provision is similar in this regard to the statute forbidding demonstrations critical of foreign governments within 500 feet of embassies that was struck down as an impermissible content-based restriction on speech in *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988). Although not as offensive as viewpoint-based restrictions, content-based restrictions on speech have attracted "most exacting scrutiny" from the U.S. Supreme Court, being upheld only if "necessary to serve a compelling state interest and . . . narrowly drawn to achieve that end": *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), at p. 45.

The distinction between content-based and form-based restrictions on freedom of speech has been incorporated, although in a different form, into the analysis under s. 2(b) of the *Charter: Irwin Toy, supra*.

Two other concepts employed in the United States in cases dealing with the prohibition of dissemination of racist literature figured in argument before us. These are the concepts of overbreadth and vagueness. Overbreadth is defined by Tribe, *op. cit.*, at p. 1056, as follows:

la réglementation [TRADUCTION] «du moment, du lieu et du moyen» de l'expression, une ordonnance interdisant aux alentours des écoles tout piquetage autre que celui d'ouvriers a été invalidée parce qu'elle faisait une distinction fondée sur le contenu de l'expression: *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972). Les restrictions de l'expression fondées sur le point de vue, c'est-à-dire celles par lesquelles le gouvernement fait un choix entre différents points de vue, sont rarement justifiables. Il est probablement plus exact de dire que le par. 319(2) du *Code criminel* vise le contenu plutôt que le point de vue, car le gouvernement lui-même ne choisit pas directement entre des points de vue. Par exemple, l'assertion qu'une race est supérieure n'est pas préférée à l'affirmation de la hiérarchie inverse. Au contraire toute discussion de la supériorité d'une race déterminée sur une autre peut être suspecte. Cette disposition visant le contenu est similaire à cet égard à une loi interdisant des manifestations contre des gouvernements étrangers dans un rayon de 500 pieds des ambassades, qui a été invalidée dans l'arrêt *Boos v. Barry*, 108 S. Ct. 1157 (1988). Quoique moins choquantes que celles fondées sur le point de vue, les restrictions de l'expression fondées sur le contenu ont été soumises à [TRADUCTION] «un examen extrêmement minutieux» par la Cour suprême des États-Unis, qui ne les a jugées valides que si elles étaient [TRADUCTION] «nécessaires pour servir un intérêt impérieux de l'État et [...] formulées soigneusement, pour atteindre cette fin»: *Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983), à la p. 45.

La distinction entre les restrictions de la liberté d'expression fondées sur le contenu et celles fondées sur la forme a été incluse, quoique sous une forme différente, dans l'analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte: Irwin Toy, précité*.

Deux autres concepts utilisés aux États-Unis dans des affaires relatives à l'interdiction de diffuser des écrits racistes ont été invoqués au cours des débats devant nous. Il s'agit des notions de portée excessive et d'imprécision. Tribe, *op. cit.*, à la p. 1056, définit ainsi la portée excessive:

Statutes which open-endedly delegate to administering officials the power to decide how and when sanctions are applied or licenses issued are overbroad because they grant such officials the power to discriminate—to achieve indirectly through selective enforcement a censorship of communicative content that is clearly unconstitutional when achieved directly.

If legitimate activity protected by the First Amendment would come within the terms of the statute, the statute may be void on its face. Even where the actions of the litigant are not themselves worthy of protection, the litigant may rely on the constitutional defect of overbreadth. Alternatively, an argument of overbreadth may sometimes be met by a construction of the statute that clearly confines it within constitutional bounds, if one is available (i.e., reading down). If one is not, however, the statute is void on its face.

Vagueness is distinct from overbreadth, and carries different consequences in American constitutional law. To quote Tribe again at pp. 1033-34:

Vagueness is a constitutional vice conceptually distinct from overbreadth in that an overbroad law need lack neither clarity nor precision, and a vague law need not reach activity protected by the first amendment. As a matter of due process, a law is void on its face if it is so vague that persons “of common intelligence must necessarily guess at its meaning and differ as to its application.” Such vagueness occurs when a legislature states its proscriptions in terms so indefinite that the line between innocent and condemned conduct becomes a matter of guesswork . . .

But vagueness is not calculable with precision . . . [T]he Supreme Court will not ordinarily invalidate a statute because some marginal offenses may remain within the scope of a statute’s language. The conclusion that a statute is too vague and therefore void as a matter of due process is thus unlikely to be triggered without two findings: that the individual challenging the statute is indeed one of the entrapped innocent, and that it

[TRANSDUCTION] Les lois qui délèguent inconditionnellement aux fonctionnaires chargés de leur administration le pouvoir de décider comment et quand des sanctions sont infligées ou des permis délivrés ont une portée excessive en ce qu’elles accordent à ces fonctionnaires le pouvoir d’agir d’une manière discriminatoire—de réaliser indirectement par une application sélective une censure du contenu des communications qui serait manifestement inconstitutionnelle si elle était réalisée par des moyens directs.

Si les actes légitimes protégés par le Premier amendement étaient visés par la loi, celle-ci pourrait être frappée d’invalidité. Même lorsque les actes de la partie au litige ne méritent pas en soi la protection, cette partie peut néanmoins invoquer le vice constitutionnel qu’est la portée excessive. Subsidièrement, l’argument de la portée excessive peut parfois être réfuté par une interprétation de la loi qui la circonscrit clairement dans les limites de la constitutionnalité, à supposer qu’il existe une telle interprétation (c.-à-d. une interprétation atténuée). Dans l’hypothèse contraire, cependant, la loi est manifestement invalide.

L’imprécision diffère de la portée excessive et ses conséquences sont différentes en droit constitutionnel américain. Citons de nouveau Tribe, *op. cit.*, aux pp. 1033 et 1034:

[TRANSDUCTION] L’imprécision est un vice constitutionnel conceptuellement distinct de la portée excessive d’une loi en ce qu’une loi trop large n’est pas forcément dépourvue de clarté ou de précision et qu’une loi imprécise ne s’applique pas forcément à des actes protégés par le Premier amendement. Du point de vue de l’équité de la procédure, une loi est manifestement nulle si elle est à ce point imprécise que des personnes «d’intelligence ordinaire se voient dans la nécessité de conjecturer quant à son sens et ont des opinions divergentes quant à son application». Une telle imprécision se produit lorsqu’une législature formule ses proscriptions dans des termes si vagues que la ligne de démarcation entre la conduite innocente et la conduite défendue devient affaire de conjecture . . .

Mais l’imprécision ne peut être établie avec exactitude [. . .] [L]a Cour suprême n’invalide pas normalement une loi du fait que certains défauts marginaux peuvent encore être compris dans son libellé. La conclusion qu’une loi est trop imprécise et, partant, nulle pour des raisons d’équité de la procédure ne sera donc probablement pas tirée en l’absence de deux constatations: que la personne contestant la loi compte vraiment parmi les

would have been practical for the legislature to draft more precisely. [Citations omitted.]

Thus, vagueness of a statute is a defence only in more restrictive circumstances: where the statute is vague as applied to the conduct of the litigant, or where it is vague in all possible applications. An example of the latter was an ordinance making it illegal for “three or more persons to assemble . . . on any of the sidewalks . . . and there conduct themselves in a manner annoying to persons passing by”, struck down in *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

The rationale for invalidating statutes that are overbroad (even in a case where the litigant’s conduct is clearly not protected by the First Amendment) or vague is that they have a chilling effect on legitimate speech. Protection of free speech is regarded as such a strong value that legislation aimed at legitimate ends and in practice used only to achieve those legitimate ends may be struck down, if it also tends to inhibit protected speech.

In the United States, a provision similar to s. 319(2) of the *Criminal Code* was struck down in *Collin v. Smith, supra*, on the ground that it was fatally overbroad. In addition, the Seventh Circuit Court of Appeals hinted that the provision might also be void for vagueness. The ordinance in *Collin* prohibited:

. . . the dissemination of any materials within the Village of Skokie which promotes and incites hatred against persons by reason of their race, national origin, or religion, and is intended to do so.

The court found that the activity in question in the case—a proposed neo-Nazi demonstration in Skokie, Illinois—was a form of expression entitled to protection under the First Amendment. The ordinance, it found, was overbroad in that it “could conceivably be applied to criminalize dissemination of *The Merchant of Venice* or a vigorous discussion of the merits of reverse racial discrimination in Skokie” (p. 1207).

innocents frappés de la sanction et que, dans la pratique, il aurait été possible au législateur de rédiger avec une plus grande précision. [Citations omises.]

Donc l’imprécision d’une loi n’est une défense que dans des circonstances plus restrictives: lorsque la loi est imprécise dans son application à la conduite de la partie au litige ou qu’elle l’est dans toutes ses applications possibles. Un exemple de ce dernier cas est celui d’une ordonnance rendant illégal le fait pour [TRADUCTION] «trois personnes ou davantage de s’assembler sur un trottoir et de s’y conduire de manière à gêner les passants», invalidée dans la décision *Coates v. City of Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971).

L’invalidation de lois imprécises ou de portée excessive (même dans le cas où la conduite de la partie n’est manifestement pas protégée par le Premier amendement) a été expliquée par l’effet paralysant qu’elles ont sur l’expression légitime. En effet, la protection de la liberté de parole est considérée comme une valeur tellement solide qu’une loi visant des fins légitimes et ne servant dans la pratique qu’à la réalisation de ces fins légitimes peut être déclarée invalide si elle tend aussi à entraver l’expression protégée.

Aux États-Unis, une disposition analogue au par. 319(2) du *Code criminel* a été invalidée dans l’affaire *Collin v. Smith*, précitée, au motif que sa portée était fatalement excessive. De plus, la Cour d’appel du Septième circuit a laissé entendre que la disposition en question pouvait également être invalide pour cause d’imprécision. L’ordonnance en cause dans l’affaire *Collin* interdisait:

[TRADUCTION] . . . la diffusion dans le village de Skokie de toute matière qui favorise la haine à l’endroit de certaines personnes en raison de leur race, de leur origine nationale ou de leur religion, qui y incite, et qui est conçue à ces fins.

La cour a décidé que l’activité projetée dans cette affaire—une manifestation néo-nazie à Skokie (Illinois)—était une forme d’expression protégée par le Premier amendement. L’ordonnance, a conclu la cour, avait une portée excessive, car [TRADUCTION] «elle pourrait théoriquement être appliquée pour rendre criminelles, à Skokie, la diffusion du *Marchand de Venise* ou la tenue d’une vive discussion sur la valeur de la discrimination raciale inversée» (p. 1207).

Legislation against the dissemination of racial propaganda has also been tested under various international instruments, providing a counter-example to the U.S. experience. The *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* contains the following articles:

Article 10

(1) Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The European Commission on Human Rights has had little difficulty in holding that prosecutions for dissemination of racist ideas and literature are permitted under the article: see, e.g., Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187. In view of the breadth of the limitations clause, which specifically mentions the protection of "health or morals" and "the reputation or rights of others", this is unsurprising. In other contexts, protection for free expression under this article has at times been decidedly lukewarm, as befits an international instrument which is designed to limit as little as possible the sovereignty of the nations that signed it. For example, the European Court of Human Rights also upheld prosecution of a bookseller in Northern Ireland for distributing *The Little Red Schoolbook*, an educational book on sexuality aimed at 12- to 18-year-olds, on the grounds that the prosecution was "for the protection of health or morals": Eur. Court H. R., *Handyside* case, judgment of 7 December 1976, Series A.No. 24.

Des textes législatifs interdisant la diffusion de la propagande raciale ont été contestés aussi en vertu de divers instruments internationaux, avec des résultats opposés à ceux constatés aux États-Unis. La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* contient les dispositions suivantes:

Article 10

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière . . .

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

La Commission européenne des droits de l'homme a conclu sans beaucoup de difficulté que cet article autorise des poursuites pour la diffusion d'idées et d'écrits racistes: voir, par exemple, Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187. Vu la portée de la clause restrictive, qui mentionne expressément la protection «de la santé ou de la morale» et «de la réputation ou des droits d'autrui», cela n'est pas étonnant. Dans d'autres contextes, on s'est parfois montré décidément tiède à l'égard de la protection de la liberté d'expression en vertu de cet article, ce qui convient d'ailleurs dans le cas d'un instrument international destiné à limiter le moins possible la souveraineté des nations signataires. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme a aussi maintenu des poursuites engagées contre un libraire en Irlande du Nord pour avoir diffusé *The Little Red Schoolbook*, un livre éducatif sur la sexualité, à l'intention d'adolescents âgés de 12 à 18 ans, au motif que ces poursuites visaient «la protection de la santé ou de la morale»: Cour Eur. D. H., affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.

Other international instruments go further, and require state parties to prohibit some forms of hate propaganda. The *International Covenant on Civil and Political Rights*, to which Canada is a party, provides as follows:

Article 19

2. Everyone shall have the right to freedom of expression . . .

3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:

- (a) For respect of the rights or reputations of others;
- (b) For the protection of national security or of public order . . . , or of public health or morals.

Article 20. . . .

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

The U.N. Human Rights Committee has dismissed a complaint against Canada brought by Mr. Taylor (also appealing to this Court) on the grounds that Canada was merely carrying out its international obligations in proceeding against Mr. Taylor for the dissemination of hatred against ethnic groups: see *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983) (decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097).

Similar obligations are set forth in another convention to which Canada is a party, the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Can. T.S. 1970 No. 28. Article 4 provides that States Parties:

ARTICLE 4

(a) Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, as well

D'autres instruments internationaux vont plus loin et exigent que les États parties interdisent certaines formes de propagande haineuse. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, dont le Canada est signataire, porte notamment:

Article 19. . . .

2. Toute personne a droit à la liberté d'expression . . .

3. L'exercice des libertés prévues au paragraphe 2 du présent article comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales. Il peut en conséquence être soumis à certaines restrictions qui doivent toutefois être expressément fixées par la loi et qui sont nécessaires:

- a) Au respect des droits ou de la réputation d'autrui;
- b) À la sauvegarde de la sécurité nationale, de l'ordre public, de la santé ou de la moralité publiques.

Article 20. . . .

2. Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi.

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU a rejeté une plainte portée contre le Canada par M. Taylor (qui a aussi formé un pourvoi devant notre Cour), le motif du rejet étant que le Canada ne faisait que s'acquiescer de ses obligations internationales en poursuivant M. Taylor pour la propagation de la haine contre des groupes ethniques: voir *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.

Des obligations semblables sont énoncées dans une autre convention à laquelle le Canada est partie. Il s'agit de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, R.T. Can. 1970 n° 28, dont l'article 4 prévoit que chaque État partie s'engage:

ARTICLE 4

a) À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale,

as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;

- (b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other propaganda activities, which promote and incite racial discrimination, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;
- (c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or incite racial discrimination.

These international instruments embody quite a different conception of freedom of expression than the case law under the U.S. First Amendment. The international decisions reflect the much more explicit priorities of the relevant documents regarding the relationship between freedom of expression and the objective of eradicating speech which advocates racial and cultural hatred. The approach seems to be to read down freedom of expression to the extent necessary to accommodate the legislation prohibiting the speech in question.

Both the American and international approach recognize that freedom of expression is not absolute, and must yield in some circumstances to other values. The divergence lies in the way the limits are determined. On the international approach, the objective of suppressing hatred appears to be sufficient to override freedom of expression. In the United States, it is necessary to go much further and show clear and present danger before free speech can be overridden.

The *Charter* follows the American approach in method, affirming freedom of expression as a broadly defined and fundamental right, and contemplating balancing the values protected by and inherent in freedom of expression against the benefit conferred by the legislation limiting that freedom under s. 1 of the *Charter*. This is in keeping with the strong liberal tradition favouring free speech in this country—a tradition which had led

ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;

- b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de propagande organisée et tout autre type d'activité de propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités;
- c) À ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, d'inciter à la discrimination raciale ou de l'encourager.

Ces instruments internationaux traduisent une conception de la liberté d'expression qui est bien différente de celle qui se dégage de la jurisprudence portant sur le Premier amendement américain. Les décisions internationales traduisent les priorités très explicitement exprimées dans ces documents en ce qui concerne les rapports entre la liberté d'expression et l'objectif d'éliminer le discours faisant appel à la haine raciale et culturelle. On semble donner à la liberté d'expression une interprétation suffisamment atténuée pour assurer la validité du texte législatif interdisant l'expression en question.

Les méthodes américaine et internationale reconnaissent l'une et l'autre que la liberté d'expression n'est pas absolue et doit dans certaines circonstances céder le pas à d'autres valeurs. La divergence tient au mode de détermination des limites. Suivant la méthode internationale, l'objectif de la suppression de la haine paraît suffisant pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression. Aux États-Unis, il faut aller plus loin et démontrer l'existence d'un danger clair et présent avant de pouvoir porter atteinte à la liberté d'expression.

La *Charte* adopte la méthode américaine, faisant de la liberté d'expression un droit fondamental de large portée et envisageant de soupeser d'une part, des valeurs protégées par la liberté d'expression et inhérentes à celle-ci et, d'autre part, l'avantage conféré par le texte législatif qui limite cette liberté en vertu de l'article premier de la *Charte*. Cela est conforme à la solide tradition libérale en faveur de la liberté de parole dans notre

to conferring quasi-constitutional status on free expression in this country prior to any bill of rights or *Charter*. At the same time, the tests are not necessarily the same as in the United States.

Having reviewed the American and international experience on the subject of hate propaganda, I conclude with a brief history of the attempts to curb such expression in Canada.

Two crimes with ancient roots have been treated as being relevant to hate propaganda in Canada. In *Boucher v. The King, supra*, the Crown attempted to charge a Jehovah's Witness, who had accused Quebeckers and Catholics of persecuting the Witnesses, with the crime of seditious libel (currently s. 59 of the *Criminal Code*). This Court, however, held that intention to produce feelings of hatred and ill will between different classes of His Majesty's subjects fell short of seditious intent. Something more, such as intention to disturb order or to resist authority, was needed.

The other offence of general application that has been considered relevant to hate propaganda is that of spreading false news (currently s. 181 of the *Criminal Code*). This crime, which may be traced back to the offence *De Scandalis Magnatum* (1275), was originally intended to prohibit the spreading of false rumours that would sow discord between the King and great men of the realm. The same pamphlet that was adjudged not to be a seditious libel in *Boucher* was the subject of a prosecution for spreading false news in *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.). The Court acquitted, holding that s. 181 was similarly circumscribed, and could not be applied to a pamphlet that was not intended to arouse disorder. More recently, however, s. 181 was applied to attacks on Jews that the accused was found to have known to be false in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.). Its application to hate

pays—tradition qui a mené à attribuer un statut quasi constitutionnel à la libre expression avant toute déclaration des droits ou avant la *Charte*. Cependant, les critères appliqués ne sont pas nécessairement les mêmes qu'aux États-Unis.

Ayant présenté un aperçu de l'expérience américaine et internationale en matière de propagande haineuse, je termine par un bref historique des tentatives de restriction de ce genre d'expression au Canada.

Au Canada, deux crimes d'origine ancienne ont été jugés pertinents en matière de propagande haineuse. Dans l'affaire *Boucher v. The King, précitée*, le ministère public avait tenté d'inculper du crime de libelle séditieux (prévu actuellement à l'art. 59 du *Code criminel*) un témoin de Jehovah, qui reprochait aux Québécois et aux catholiques de persécuter les témoins de Jehovah. Notre Cour a toutefois conclu que l'intention d'engendrer entre différentes classes des sujets de Sa Majesté des sentiments de haine et d'inimitié ne constituait pas une intention séditieuse. Il en fallait davantage, par exemple, l'intention de troubler la paix publique ou de désobéir aux autorités publiques.

L'autre infraction d'application générale qui a été jugée pertinente en matière de propagande haineuse est celle de la diffusion de fausses nouvelles (prévue actuellement à l'art. 181 du *Code criminel*). La raison d'être initiale de ce crime, qui tire son origine de l'infraction *De Scandalis Magnatum* (1275), était de réprimer la diffusion de fausses rumeurs tendant à semer la discorde entre le roi et les grands du royaume. Le tract qui, dans l'affaire *Boucher*, avait été jugé ne pas constituer un libelle séditieux, faisait l'objet de poursuites pour la diffusion de fausses nouvelles dans l'affaire *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.). La cour, concluant que la portée de l'art. 181 était circonscrite d'une façon analogue et ne pouvait s'appliquer à un tract qui n'était pas destiné à occasionner des désordres, a rendu un verdict d'acquittement. Plus récemment, toutefois, dans l'affaire *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), l'art. 181 a été appliqué dans le cas d'attaques contre les juifs que, a-t-on décidé, l'accusé savait fausses. Son application à la propagande haineuse, comme les infractions relatives à

propaganda, like the hate propaganda offences themselves, has been controversial.

These provisions, especially in light of the limiting court decisions, were regarded by many as being inadequate to deal with the perceived problem of hate propaganda. In response to the representations of various groups, and after a reported upsurge in neo-Nazi activity in the early 1960's in Canada, the U.S. and Britain, the Minister of Justice in 1965 set up a Special Committee to study hate propaganda (the Cohen Committee). The Committee reported in 1966, and recommended the addition of new offences to the *Criminal Code*. In 1970, after former Committee member Pierre-Elliott Trudeau had become Prime Minister, these recommendations were acted upon. The *Criminal Code* was amended by the addition of new offences of advocating genocide (s. 318), public incitement of hatred likely to lead to a breach of the peace (s. 319(1)), and wilful promotion of hatred (s. 319(2)).

Strategies for the curtailment of hate propaganda have not been confined to the *Criminal Code*. As far back as 1934, s. 19(1) of the *Manitoba Defamation Act*, R.S.M. 1987, c. D20 (then s. 13A of the *Manitoba Libel Act*), provided injunctive relief for members of a libelled racial or religious group, where such libel was "likely to expose persons belonging to the race, or professing the religious creed, to hatred, contempt or ridicule, and tend[ed] to raise unrest or disorder among the people". Subsequently, provisions with potential application to hate propaganda were included in various human rights statutes. The first of these was Ontario's *Racial Discrimination Act*, 1944, S.O. 1944, c. 51, s. 1, which prevented the publication or display of "any notice, sign, symbol, emblem or other representation indicating discrimination or an intention to discriminate against any person or any class of persons for any purpose because of the race or creed of such person or class of persons". Gradually, all Canadian jurisdictions enacted comparable provisions, the most recent and far-reaching of these being s. 13 of the

la propagande haineuse elles-mêmes, est controversée.

Ces dispositions, compte tenu surtout de la jurisprudence qui vient en limiter la portée, ont été jugées insuffisantes par beaucoup pour faire face au problème que semblait poser la propagande haineuse. En réaction aux arguments avancés par différents groupes et à la suite de ce qu'on disait être un accroissement d'activités néo-nazies au début des années 60 au Canada, aux États-Unis et en Grande-Bretagne, le ministre de la Justice a établi en 1965 un comité spécial chargé d'étudier la propagande haineuse (le comité Cohen). Dans son rapport, produit en 1966, le comité a recommandé que de nouvelles infractions soient ajoutées au *Code criminel*. En 1970, après que Pierre-Elliott Trudeau, ancien membre du comité, fut devenu Premier ministre, on a donné suite à ces recommandations. On a donc ajouté au *Code criminel* les nouvelles infractions d'encouragement au génocide (art. 318), d'incitation publique à la haine susceptible d'entraîner une violation de la paix (par. 319(1)) et de fomentation volontaire de la haine (par. 319(2)).

Les stratégies visant à enrayer la propagande haineuse ne se limitent pas au *Code criminel*. En 1934 déjà, le par. 19(1) de la *Loi sur la diffamation* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. D20 (alors l'art. 13A de la *Libel Act* du Manitoba), prévoyait une réparation sous forme d'injonction pour les membres d'un groupe racial ou religieux visé, lorsque la diffamation était «de nature à exposer à la haine, à l'outrage ou au ridicule les personnes appartenant à cette race ou professant cette croyance, et susceptible de provoquer l'inquiétude ou le désordre parmi la population». Par la suite, des dispositions pouvant théoriquement s'appliquer à la propagande haineuse ont été incluses dans diverses lois relatives aux droits de la personne. La première de ces lois a été la *Racial Discrimination Act*, 1944, S.O. 1944, ch. 51, art. 1, de l'Ontario, qui interdisait de publier ou d'exposer [TRADUCTION] «des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations indiquant une discrimination ou une intention de discrimination à quelque fin que ce soit à l'égard d'une personne ou d'une catégorie de personnes en

Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33 (now R.S.C., 1985, c. H-6) which is under attack in the companion appeal of *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

The provisions in the provincial Acts prohibiting the publication of a “notice, sign, symbol, emblem or other representation” apply paradigmatically to signs with messages such as “No Blacks Allowed”. Some attempt has been made to apply them to hate propaganda, but the courts have foreclosed such a broad interpretation. Application of the Manitoba provision to a series of allegedly discriminatory newspaper articles was rejected in *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (Man. Q.B.), and an editorial in a student newspaper (including cartoons) that was offensive to women was held not to be a “representation” within the meaning of s. 14(1) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students’ Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (Sask. C.A.), leave to appeal refused, [1989] 1 S.C.R. xiv. Besides being limited in scope, many of these provisions contain an exemption for “free speech” or “free expression of opinion”: see, e.g., *The Saskatchewan Human Rights Code*, s. 14(2).

Section 13 of the federal Act is unique among human rights provisions. It declares to be a discriminatory practice the repeated communication by telephone of “any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination”. It contains no explicit exemption for free speech or expression. Enforcement is by “cease and desist” order registrable with the

raison de la race ou des croyances de cette personne ou catégorie de personnes». Graduellement, tous les ressorts canadiens ont adopté des dispositions analogues, dont la plus récente et celle qui a la portée la plus large est l’art. 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33 (maintenant L.R.C. (1985), ch. H-6), contesté dans le pourvoi connexe *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Les dispositions de lois provinciales interdisant de publier «des affiches, des écriteaux, des insignes, des emblèmes, des symboles ou autres représentations» s’appliquent par définition à des écriteaux portant des inscriptions telles que «Interdit aux Noirs». On a essayé de les appliquer à la propagande haineuse, mais les tribunaux ont rejeté une interprétation aussi large. Dans l’affaire *Re Warren and Chapman* (1984), 11 D.L.R. (4th) 474 (B.R. Man.), la disposition manitobaine a été jugée inapplicable à une série d’articles de journaux allégués discriminatoires et un éditorial (avec caricatures) injurieux envers les femmes publié dans un journal étudiant a été jugé ne pas constituer une [TRADUCTION] «représentation» au sens du par. 14(1) du *Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, ch. S-24.1, dans la décision *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students’ Society* (1989), 56 D.L.R. (4th) 604 (C.A. Sask.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv. Outre qu’elles sont d’une portée limitée, nombre de ces dispositions prévoient une exception pour la «liberté de parole» ou pour la «libre expression d’opinions»: voir, par exemple, le *Saskatchewan Human Rights Code*, par. 14(2).

L’article 13 de la loi fédérale est unique parmi les dispositions relatives aux droits de la personne. Il porte que constitue un acte discriminatoire le fait d’utiliser un téléphone de façon répétée pour aborder «des questions susceptibles d’exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite». Il ne contient aucune exception explicite pour la liberté de parole ou d’expression. Son application est assurée au moyen d’une

Federal Court, which, if violated, can give rise to contempt proceedings.

II. *The Scope of Section 2(b) of the Charter*

Section 2(b) of the *Charter* guarantees freedom of thought, belief, opinion and expression in this country. It does so in broad terms. The question addressed under this heading is whether s. 319(2) of the *Criminal Code* introduces a limit on this broadly defined freedom.

I turn first to the legal principles governing the construction of s. 2(b) of the *Charter*. The theme established in *Dolphin Delivery* and the cases that followed was two-fold. The guarantee of freedom of expression in the *Charter* would be viewed in the light of the "large and liberal" interpretation which its history justifies and which is properly accorded to *Charter* rights. At the same time, freedom of expression was not absolute. It may be required to give way to other rights and interests in certain situations.

A series of decisions in this Court have addressed the implications of these propositions. What is the scope of the *Charter* guarantee of freedom of expression? What sorts of expression does it apply to? When can it be defeated by other rights or interests?

The Court has accorded a broad scope to s. 2(b). To begin with, it has defined "expression" broadly. All activities which convey or attempt to convey meaning *prima facie* fall within the scope of the guarantee: *Irwin Toy*, per Dickson C.J., Lamer and Wilson JJ. Secondly, it has held that the guarantee applies regardless of the nature of the content of the expression. The nature of the content of expression can never function to exclude it from the protection of the *Charter*. As stated in *Irwin Toy* (at pp. 968-69):

Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream.

ordonnance «d'interdit» qui peut être enregistrée auprès de la Cour fédérale et dont la violation peut donner lieu à des procédures pour outrage au tribunal.

^a II. *La portée de l'al. 2b) de la Charte*

L'alinéa 2b) de la *Charte* garantit dans notre pays la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression. Il le fait dans des termes larges. La question que nous abordons sous cette rubrique est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* impose une limite à cette liberté de large portée.

^b Je commence par les principes juridiques régissant l'interprétation de l'al. 2b) de la *Charte*. Le principe posé dans l'arrêt *Dolphin Delivery* et dans les arrêts subséquents comporte deux volets. La garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte* est considérée selon l'interprétation «large et libérale» qui est justifiée par son histoire et qu'il convient de donner aux droits conférés par la *Charte*. La liberté d'expression n'est toutefois pas absolue. Elle peut devoir céder le pas à d'autres droits et intérêts dans certaines situations.

^c Une suite d'arrêts de notre Cour traite des implications de ces propositions: Quelle est la portée de la liberté d'expression garantie par la *Charte*? À quelles sortes d'expressions s'applique-t-elle? Dans quelles circonstances d'autres droits ou intérêts l'emportent-ils?

^d Notre Cour a donné à l'al. 2b) une large portée. Tout d'abord, elle a donné une définition large au terme «expression». Toutes les activités qui transmettent ou tentent de transmettre une signification relèvent à première vue de la garantie: *Irwin Toy*, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson. Deuxièmement, elle a dit que la garantie s'applique indépendamment de la nature du contenu de l'expression. La nature de son contenu ne peut jamais entraîner l'exclusion de l'expression de la protection de la *Charte*. Comme on le dit dans l'arrêt *Irwin Toy*, aux pp. 968 et 969:

^e La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [...] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles.

We cannot . . . exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee. [Emphasis added.]

Similarly, Lamer J. states in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1180:

Activities cannot be excluded from the scope of guaranteed freedom of expression on the basis of the content or meaning conveyed.

At the same time, the Court has affirmed that freedom of speech is not absolute. It may properly be limited. There are several ways in which it can be limited. First, there are forms of expression which can be distinguished from content and which may be excluded from the scope of s. 2(b) of the *Charter*. In *Dolphin Delivery* it was suggested, in *obiter dicta*, that violence and threats of violence would be excluded from the protection offered by s. 2(b). And in *Irwin Toy*, at p. 970, this Court stated that “a murderer or rapist cannot invoke freedom of expression in justification of the form of expression he has chosen”.

Second, s. 2(b) is violated only if it can be shown that the purpose or effect of the government action in question (in this case s. 319(2) of the *Criminal Code*) was to restrict freedom of expression. Where the government’s aim was not to limit freedom of expression, and this is but an incident of its attempt to accomplish another goal, then the person complaining of the infringement must show that its effect was to infringe his constitutional freedom. Here the composite rationale for freedom of expression suggested by Emerson and others has been given a limited role. To make out a violation of s. 2(b) where the government infringement of expression is incidental to its pursuit of another goal, a complainant must show that one of the suggested values underlying the guarantee is infringed, these being three. First “seeking and attaining the truth is an inherently good activity.” Second, “participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged.”

Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d’expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l’activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie. [Je souligne.]

De même, le juge Lamer affirme dans *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1180:

Des activités ne peuvent être exclues du champ de la liberté d’expression garantie en raison du message ou du contenu transmis.

Notre Cour a affirmé aussi que la liberté d’expression n’est pas absolue. On peut légitimement y imposer des restrictions, ce qui peut se faire de plusieurs manières. En premier lieu, certaines formes d’expression peuvent être distinguées de leur contenu et exclues du champ de l’al. 2b) de la *Charte*. Dans l’arrêt *Dolphin Delivery*, on a indiqué dans des opinions incidentes que la violence et les menaces de violence seraient exclues de la protection de l’al. 2b). En outre, dans l’arrêt *Irwin Toy*, à la p. 970, notre Cour affirme que «l’auteur d’un meurtre ou d’un viol ne peut invoquer la liberté d’expression pour justifier le mode d’expression qu’il a choisi».

En deuxième lieu, il n’y a violation de l’al. 2b) que si l’on peut démontrer que l’acte gouvernemental en cause (en l’occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) a pour objet ou pour effet de limiter la liberté d’expression. Dans un cas où le gouvernement ne vise pas à imposer des restrictions à la liberté d’expression et ne le fait qu’accessoirement à sa tentative d’atteindre un autre but, alors la personne qui se plaint de la violation est tenue de prouver que cela a eu pour effet de porter atteinte à la liberté que lui garantit la Constitution. En l’espèce, la justification composite de la liberté d’expression, proposée notamment par Emerson, s’est vu attribuer un rôle limité. Pour établir la violation de l’al. 2b) lorsque l’atteinte par le gouvernement à la liberté d’expression est accessoire à sa recherche d’un autre but, il incombe au plaignant de prouver l’atteinte à une des valeurs données pour sous-jacentes à la garantie. Ces valeurs sont au nombre de trois. D’abord, «la recherche de

Third, "the diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment not only for the sake of those who convey a meaning, but also for the sake of those to whom it is conveyed": *Irwin Toy*, at p. 976. Thus a government action not aimed at suppressing free expression will constitute a violation only if the complainant can show that one of these values is implicated in protecting his or her expression.

Applying these principles, the first step in an analysis under s. 2(b) of the *Charter* is to determine whether the impugned activity or legislation, given its form and content, lies within the sphere of conduct protected by the guarantee of freedom of expression. If it does, the next step is to determine whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. If the answers to both these questions are affirmative, a breach of the section is established and it is necessary to consider whether the government action or legislation is saved under s. 1 of the *Charter*.

I turn then to the question of whether the expression here at issue falls within the sphere of conduct protected by the guarantee of freedom of expression in the *Charter*. As this Court has repeatedly affirmed, the content of a statement cannot deprive it of the protection accorded by s. 2(b), no matter how offensive it may be. The content of Mr. Keegstra's statements was offensive and demeaning in the extreme; nevertheless, on the principles affirmed by this Court, that alone would appear not to deprive them of the protection guaranteed by the *Charter*.

Three arguments are advanced in support of the proposition that statements violating s. 319(2) do not fall within the sphere of protection accorded to freedom of speech by s. 2(b) of the *Charter*. The first is the argument that the form of the statements is not protected because they are akin to violence or threats of violence and are thus excluded from s. 2(b). The second is the submission that,

la vérité est une activité qui est bonne en soi». Deuxièmement, «la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée». Troisièmement, «la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante, non seulement à l'égard de ceux qui transmettent un message, mais aussi à l'égard de ceux à qui il est destiné»: *Irwin Toy*, à la p. 976. Un acte gouvernemental qui ne vise pas à supprimer la liberté d'expression ne constitue donc une violation que si le plaignant peut démontrer qu'une de ces valeurs entre en jeu pour protéger son expression.

Dans l'application de ces principes, l'étape initiale d'une analyse fondée sur l'al. 2b) de la *Charte* consiste à déterminer si l'acte ou le texte législatif attaqué, compte tenu de sa forme et de son contenu, relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression. Dans l'affirmative, il faut se demander ensuite si l'acte gouvernemental a pour objet ou effet de restreindre la liberté d'expression. Si la réponse à ces deux questions est affirmative, la violation de l'alinéa est établie et il faut examiner si l'acte gouvernemental ou le texte législatif est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Ceci m'amène d'abord à la question de savoir si l'expression en cause dans ce pourvoi relève du champ de la conduite protégée par la garantie de liberté d'expression énoncée dans la *Charte*. Comme l'a affirmé notre Cour à maintes reprises, le contenu d'une déclaration ne peut la priver de la protection de l'al. 2b), si offensant qu'il puisse être. Le contenu des assertions de M. Keegstra est extrêmement offensant et avilissant; néanmoins, suivant les principes posés par notre Cour, cela ne semble pas suffisant pour leur faire perdre la protection garantie par la *Charte*.

Trois arguments sont avancés pour soutenir que des déclarations qui enfreignent le par. 319(2) ne relèvent pas de la sphère de protection donnée à la liberté d'expression par l'al. 2b) de la *Charte*. Le premier argument est que la forme des déclarations n'est pas protégée parce qu'elles s'apparentent à de la violence ou à des menaces de violence et sont en conséquence exclues de l'application de

for a variety of reasons including other provisions of the *Charter* and Canada's international obligations, s. 2(b) should be construed as not extending to this type of speech. The third is the argument that the promotion of hatred is evil and of no redeeming value and hence not worthy of protection. I shall consider each of these arguments in turn.

A. The Argument Based on Violence

The first argument is that promoting hatred is equivalent to threats of violence and hence assumes a form which falls outside the protected sphere of s. 2(b). As already noted, this Court held in *Dolphin Delivery*, *supra*, that freedom of expression does not extend to protect threats or acts of violence. Relying on this jurisprudence, it was argued before us that in so far as Mr. Keegstra's statements promote hatred, they are analogous to threats of violence and are therefore not protected.

This argument depends on an extension of the category of exceptions to s. 2(b), since it is plain that Mr. Keegstra's statements constituted neither a "threat" nor an "act of violence." "Threat" is defined in *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10th ed. 1988), as follows:

Any menace of such a nature and extent as to unsettle the mind of the person on whom it operates, and to take away from his acts that free voluntary action which alone constitutes consent.

While many may find Mr. Keegstra's ideas unsettling, it is not suggested that they are made with the intention or have the effect of compelling Jewish people or anyone else to do one thing or another. Nor do they urge violence against the Jewish people. This was the context in which "threat" was used in *Dolphin Delivery*. Mr. Keegstra's communications were offensive and propagandistic, but they did not constitute threats in the usual sense of that word.

l'al. 2b). Le deuxième argument consiste à dire que, pour diverses raisons et notamment à cause d'autres dispositions de la *Charte* et des obligations internationales du Canada, l'al. 2b) ne devrait pas s'interpréter comme couvrant ce type d'expression. Selon le troisième argument, la fomentation de la haine est un acte répréhensible qui est dépourvu de toute valeur pouvant le racheter et qui ne mérite donc aucune protection. J'examine à tour de rôle chacun de ces arguments.

A. L'argument relatif à la violence

Selon le premier argument, la fomentation de la haine équivaut à des menaces de violence et revêt ainsi une forme qui est exclue du champ de protection de l'al. 2b). Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, notre Cour a jugé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité, que la liberté d'expression ne va pas jusqu'à protéger les menaces ou les actes de violence. On a fait valoir, sur le fondement de cette jurisprudence, que, dans la mesure où elles fomentent la haine, les déclarations de M. Keegstra s'apparentent à des menaces de violence et, par conséquent, ne sont pas protégées.

Cet argument exige l'élargissement de la catégorie des exceptions à l'al. 2b), car il est évident que les déclarations de M. Keegstra ne sont ni une «menace» ni un «acte de violence». La «menace» est ainsi définie dans *Mozley & Whiteley's Law Dictionary* (10^e éd. 1988):

[TRADUCTION] Toute menace qui, par sa nature et sa portée, trouble l'esprit de la personne visée et enlève à ses actes le caractère libre et volontaire qui seul constitue le consentement.

Quoique beaucoup puissent trouver inquiétantes les idées de M. Keegstra, on ne prétend pas qu'elles sont avancées avec l'intention, ou qu'elles ont pour effet, d'astreindre les juifs ou qui que ce soit d'autre à une certaine conduite. Elles n'incitent pas non plus à la violence contre les juifs. Or, c'était le contexte dans lequel le terme «menace» avait été employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*. Les communications de M. Keegstra sont offensantes et tiennent de la propagande, mais elles ne constituent pas des menaces au sens courant du terme.

Nor do Mr. Keegstra's words fulfill the requirement of violence. The primary meaning of the word "violence" according to the *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987) is "[t]he exercise of physical force so as to inflict injury on or damage to persons or property." This is the sense in which the term was used in *Dolphin Delivery*, as is evident from the following passage at p. 588:

That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct.

Violence as discussed in *Dolphin Delivery* and *Irwin Toy* connotes actual or threatened physical interference with the activities of others.

I conclude that Keegstra's statements do not constitute either violence or threats of violence. This leaves for consideration the alternative argument that statements calculated to promote hatred are akin to threats of violence and should be excluded from s. 2(b) on this ground.

In general, I would be reluctant to widen an exception to a *Charter* right or freedom, absent a clear showing of social or logical necessity. Such a necessity is present in the case of violence or threats of violence. Is this equally present in the case of hate propaganda?

I think not. The justification for excluding violence as a protected form of expression is not just that violence is harmful to the victim, it is rather that violence is inimical to the rule of law on which all rights and freedoms depend. Threats of violence are similarly inimical. They are coercive, taking away free choice and undermining freedom of action. Most fundamentally, they undercut one of the essential justifications of free expression—the role of free expression in enhancing the freedom to choose between ideas (the argument based on truth) or between courses of conduct (the argument based on democracy). Being antithetical to

Les propos de M. Keegstra ne revêtent pas davantage le caractère de la violence. En effet, d'après le *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd. 1987), le mot violence a pour sens principal [TRADUCTION] «l'usage de la force physique de manière à infliger des lésions à des personnes ou des dommages à des biens». C'est dans cette acception que le mot est employé dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, comme l'indique clairement le passage suivant, à la p. 588:

Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale.

La violence dont parlent les arrêts *Dolphin Delivery* et *Irwin Toy* connote une ingérence ou une menace d'ingérence matérielle réelle dans les activités d'autrui.

J'en conclus que les déclarations de M. Keegstra ne constituent ni de la violence ni des menaces de violence. Reste donc à examiner l'argument subsidiaire que des déclarations destinées à fomenter la haine s'apparentent à des menaces de violence et devraient pour ce motif être exclues du champ d'application de l'al. 2b).

D'une manière générale, en l'absence de démonstration claire d'une nécessité sociale ou logique, j'hésiterais à élargir la portée d'une exception à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette nécessité existe quand il y a de la violence ou des menaces de violence. Mais existe-t-elle également dans le cas de la propagande haineuse?

Je ne le crois pas. Que la violence soit exclue des formes d'expression protégées se justifie non pas simplement par le fait que la violence est préjudiciable à la victime, mais plutôt par le fait qu'elle est contraire à la notion de primauté du droit dont dépendent tous les droits et libertés. Il en va de même des menaces de violence. Coercitives, ces menaces détruisent le libre choix et sapent la liberté d'action. Mais plus fondamentalement, elles sapent l'une des justifications essentielles de la libre expression, c'est-à-dire le rôle de la libre expression dans la promotion de la liberté de choisir entre différentes idées (l'argument relatif à la

the values underlying the guarantee of free expression, it is logical and appropriate that violence and threats of violence be excluded from its scope.

How does promotion of hatred compare? In some contexts, it is not inimical to the workings of democracy. For example, in the heat of political debate protagonists frequently make overstated attacks that could easily be described as “promoting hatred”. Opponents are called incompetent, or corrupt, or unintelligent—or worse. Groups of opponents—for example, cabinet ministers or members of the opposing party—may be categorically vilified. Yet, even assuming an intention to promote hatred of members of those groups or the foresight that hatred may result, there is nothing in the form of such statements which subverts democracy or our basic freedoms in the way in which violence or threats of violence may. There may of course be a world of difference between such statements and expression covered by s. 319(2), but that is a difference of content, not form.

It has been suggested that hate propaganda undermines the guarantee of free expression by attacking the credibility of speakers belonging to vilified groups, thereby reducing their ability to effectively communicate: see A. Fish, “Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences” (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. There are several difficulties with this argument. The first is that it rests on the assumption that freedom of expression includes the right to be believed. I know of no historical or philosophical basis for such a proposition. The underlying assumption of the “marketplace of ideas” justification for free speech as well as the justification on political grounds is that many ideas will be rejected. Even the rationale of self-actualization does not support a right to be considered or believed. Freedom of expression guarantees the right to

vérité) ou entre différentes lignes de conduite (l’argument relatif à la démocratie). Comme elles sont diamétralement opposées aux valeurs sous-tendant la garantie de la liberté d’expression, il est logique et convenable que la violence et les menaces de violence ne soient pas comprises dans le champ de la garantie.

Qu’en est-il de la fomentation de la haine? Dans certains contextes, elle ne nuit aucunement au bon fonctionnement de la démocratie. Par exemple, dans le feu d’un débat politique, les protagonistes livrent souvent des attaques outrées qu’on pourrait facilement décrire comme «fomentant la haine». On traite ses adversaires d’incompétents, de corrompus ou d’imbéciles—ou pis encore. Des groupes d’adversaires—par exemple les membres du cabinet ou du parti opposé—peuvent être vilipendés sans ménagement. Pourtant, même à supposer l’existence d’une intention de fomenter la haine contre les membres de ces groupes ou même la prévision que la haine peut en résulter, rien dans la forme de ces déclarations ne subvertit la démocratie ou nos libertés fondamentales de la manière que peuvent le faire la violence ou les menaces de violence. Il peut évidemment y avoir une différence énorme entre de telles déclarations et l’expression visée au par. 319(2), mais il s’agit d’une différence de contenu plutôt que de forme.

On a prétendu que la propagande haineuse mine la garantie de liberté d’expression en attaquant le crédit de membres de groupes vilipendés qui s’expriment, nuisant ainsi à leur capacité de communiquer efficacement: voir A. Fish, «Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences» (1989), 2 *Can. J.L. & Juris.* 111. Cet argument présente plusieurs difficultés. En premier lieu, il repose sur la supposition que la liberté d’expression comporte le droit d’être cru. Or, je ne connais aucun fondement historique ou philosophique à cette proposition. Le postulat de la justification de la liberté d’expression fondée sur le «marché des idées», et de la justification fondée sur des considérations d’ordre politique, est qu’un grand nombre d’idées seront rejetées. Même la justification qu’est l’épanouissement personnel ne fonde pas un droit à être entendu et cru. La liberté

loose one's ideas on the world; it does not guarantee the right to be listened to or to be believed.

A second difficulty with this argument is that it would justify the suppression of much valuable expression. It is impossible to imagine a vigorous political debate on a contentious issue in which the speakers did not seek to undermine the credibility of the ideas, conclusions and judgment of their opponents. Yet such debate is essential to the maintenance and functioning of our democratic institutions. In support of this argument, it might be asserted that justifiable speech should be confined to rational argument on the issues and should not extend to non-rational attacks on credibility. But who is to decide what is rational argument and what is not? Furthermore, it should be permissible in vigorous debate to go beyond rational arguments on the merits and attack the credibility of one's opponent. Lack of credibility in the proponent of an idea is an important and justifiable reason for rejecting a position. In short, to suggest that speech which undermines the credibility of speakers belonging to particular groups does not fall within s. 2(b) of the *Charter*, is to remove from the protection of the *Charter* an enormous amount of speech which has long been accepted as important and valuable. I cannot accept that s. 2(b) should be so limited.

I conclude that statements promoting hatred are not akin to violence or threats or violence, and that the argument that they should for this reason be excluded from the protection of s. 2(b) of the *Charter* should be rejected.

B. The Construction Arguments

These submissions urge that s. 2(b) of the *Charter* should not be construed as extending to statements which offend s. 319(2) of the *Criminal Code*. The arguments are founded on three distinct considerations: s. 15 of the *Charter*; s. 27 of the *Charter*; and Canada's international obligations.

d'expression garantit le droit de diffuser ses idées; elle ne garantit pas le droit d'être écouté ou cru.

Une deuxième difficulté présentée par cet argument est qu'elle justifierait la suppression d'une expression très utile. Il est impossible de concevoir un vif débat politique sur une question controversée dans lequel les participants ne tentent pas de faire douter de la crédibilité des idées, des conclusions et du jugement de leurs adversaires. Ce genre de débat est pourtant indispensable au maintien et au bon fonctionnement de nos institutions démocratiques. On pourrait affirmer à l'appui de cet argument que l'expression justifiable devrait se limiter à la discussion rationnelle des questions faisant l'objet du débat et ne devrait pas s'étendre à des attaques irrationnelles contre la crédibilité de l'adversaire. Mais à qui de décider ce qui est ou ce qui n'est pas une discussion rationnelle? De plus, il devrait être permis dans le cadre d'un débat vif de ne pas se borner à des arguments rationnels sur le fond et d'attaquer le crédit de son adversaire. Le manque de crédibilité du tenant d'une idée est un motif important et justifiable de rejeter son point de vue. Bref, prétendre que l'al. 2b) de la *Charte* ne s'applique pas à l'expression qui mine le crédit de personnes qui s'expriment appartenant à des groupes déterminés revient à priver de la protection de la *Charte* une quantité énorme d'expressions dont l'importance et la valeur sont reconnues depuis longtemps. Je ne puis admettre que la portée de l'al. 2b) soit ainsi limitée.

Je conclus que les déclarations fomentant la haine ne s'apparentent pas à la violence ni à des menaces de violence et qu'il y a lieu de rejeter l'argument tendant à les exclure pour cette raison de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*.

B. Les arguments tenant à l'interprétation

Suivant ces arguments, l'al. 2b) de la *Charte* ne doit pas s'interpréter comme s'appliquant aux déclarations qui contreviennent au par. 319(2) du *Code criminel*. Ces arguments sont fondés sur trois considérations distinctes: l'art. 15 de la *Charte*; l'art. 27 de la *Charte*; et les obligations internationales du Canada.

(1) *The Argument Based on Section 15 of the Charter*

The first argument is that the scope of s. 2(b) is diminished by s. 15 of the *Charter*. This argument is based on the principle of construction that where possible, the provisions of a statute should be read together so as to avoid conflict. The guarantee of equality in s. 15, it is submitted, is offended by speech which denigrates a particular ethnic or religious group. The competing values reflected by the two sections might therefore be reconciled by informing the content of s. 2(b) with the values of s. 15. Accordingly, the freedom of expression guarantee should be read down to exclude from protected expression statements whose content promotes such inequality.

It is important initially to define the nature of the potential conflict between s. 2(b) and s. 15 of the *Charter*. This is not a case of the collision of two rights which are put into conflict by the facts of the case. There is no violation of s. 15 in the case at bar, since there is no law or state action which puts the guarantee of equality into issue. The right granted by s. 15 is the right to be free from inequality and discrimination effected by the state. That right is not violated in the case at bar. The conflict, then, is not between rights, but rather between philosophies.

There are two significant considerations which militate against an acceptance of the argument based on s. 15. First, it is important to consider the nature of the two guarantees in question. On the one hand, s. 2(b) confers on each individual freedom of expression, unconstrained by state regulation or action, and subject only to a possible limitation under s. 1. On the other hand s. 15 grants the right to be free from inequality and discrimination effected by the state. Given that the protection under s. 2(b) is aimed at protecting individuals from having their expression infringed by the government, it seems a misapplication of *Charter* values to thereby limit the scope of that individual guarantee with an argument based on s. 15, which is also aimed at circumscribing the power of the state.

(1) *L'argument fondé sur l'art. 15 de la Charte*

Le premier argument allègue que l'art. 15 de la *Charte* vient limiter la portée de l'al. 2b). Cet argument est fondé sur le principe d'interprétation selon lequel les dispositions d'une loi doivent, autant que faire se peut, être interprétées ensemble afin d'éviter les conflits. L'expression qui dénigre un groupe ethnique ou religieux particulier, prétend-on, viole la garantie d'égalité énoncée à l'art. 15. Les valeurs concurrentes des deux articles peuvent donc être conciliées en insufflant au contenu de l'al. 2b) les valeurs de l'art. 15. Cela étant, la garantie de liberté d'expression doit recevoir une interprétation restreinte de manière à exclure de la catégorie de l'expression protégée les déclarations dont le contenu favorise ce genre d'inégalité.

Il importe de préciser au départ la nature du conflit potentiel entre l'al. 2b) et l'art. 15 de la *Charte*. Ce n'est pas un cas de collision entre deux droits qu'un cas précis fait entrer en conflit. Il n'y a pas de violation de l'art. 15 en l'espèce puisque aucune loi ni aucun acte de l'État ne met en cause la garantie d'égalité. Le droit conféré par l'art. 15 c'est celui d'être à l'abri de toute inégalité ou discrimination infligée par l'État. Ce droit n'a pas été violé en l'espèce. Ce dont il s'agit n'est donc pas un conflit entre des droits, mais bien entre des philosophies.

Deux considérations importantes militent contre l'argument fondé sur l'art. 15. D'abord, il est important de tenir compte de la nature des deux garanties en cause. D'une part, l'al. 2b) confère à chacun la liberté d'expression, non restreinte par la réglementation ou l'action gouvernementale, et il n'est assujéti qu'à une restriction éventuelle en vertu de l'article premier. D'autre part, l'art. 15 confère le droit de ne pas être assujéti à l'inégalité et à la discrimination qui serait le fait de l'État. Vu que la protection en vertu de l'al. 2b) vise à protéger les individus contre l'atteinte à leur liberté d'expression par le gouvernement, ce serait une application erronée des valeurs de la *Charte* de limiter la portée de la garantie donnée à l'individu avec une argumentation fondée sur l'art. 15 qui vise également à circonscrire les pouvoirs de l'État.

I do not mean to suggest that different sections of the *Charter* are irrelevant to the task of defining the content of individual guarantees. Indeed, the principles underlying its various provisions reflect many of the fundamental values of Canadian society. In some instances, interpretation of a particular section may be aided by relying on the values expressed in other provisions to place the guarantee in question in its proper historical and philosophical light. In the present case, however, I do not agree that the protection s. 15 provides against government action should be used to erode the scope of protection provided for an individual's expression.

This conclusion is supported by a second factor which weighs against limiting the scope of freedom of expression on the basis of the guarantee of s. 15. The cases where this Court has considered the meaning of s. 2(b) have expressly rejected the suggestion that certain statements should be denied the protection of the guarantee on the basis of their content. This Court has repeatedly affirmed that no matter how offensive or disagreeable the content of the expression, it cannot on that account be denied protection under s. 2(b) of the *Charter*: *Irwin Toy* and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*. The argument based on s. 15 is clearly opposed to this principle, as it suggests that protection be denied expression whose content conflicts with the values underlying the s. 15 guarantee.

Even if these difficulties could be surmounted, one would be faced with the prospect of cutting back a freedom guaranteed by the *Charter* on the basis that the exercise of the freedom may run counter to the philosophy behind another section of the *Charter*. Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, discusses the impossibility of deciding between competing values under the *Charter* in the abstract, and emphasizes the need to weigh conflicting values in the factual context of the case. The exercise of weighing s. 2(b) of the *Charter* against s. 15 would pose just such difficulties. The alleged breach of s. 2(b) can be placed in a factual context. But since there is no breach of s. 15, the

Je ne veux pas dire par là que divers articles de la *Charte* sont sans pertinence dans la tâche de définition du contenu des garanties individuelles. En fait, les principes sous-tendant ses diverses dispositions reflètent de nombreuses valeurs fondamentales de la société canadienne. Dans certains cas, l'interprétation d'un article donné peut être facilitée par le recours aux valeurs exprimées dans d'autres dispositions afin de placer la garantie en cause dans une perspective historique et philosophique appropriée. En l'espèce, je ne suis pas d'accord pour dire que la protection fournie par l'art. 15 contre l'action gouvernementale devrait être utilisée pour éroder la protection donnée à l'expression individuelle.

Cette conclusion est étayée par un second facteur qui milite contre une restriction de la portée de la liberté d'expression qui serait fondée sur la garantie de l'art. 15. Les arrêts dans lesquels la Cour a étudié le sens de l'al. 2b) ont expressément rejeté l'idée que certaines déclarations devraient être privées de la protection en raison de leur contenu. Notre Cour a affirmé plusieurs fois que, si offensant ou déplaisant que soit le contenu de l'expression, ce n'est pas une raison de lui retirer la protection de l'al. 2b) de la *Charte*: *Irwin Toy* et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précités. L'argument fondé sur l'art. 15 s'oppose clairement à ce principe car il propose de priver de protection l'expression dont le contenu est en conflit avec les valeurs sous-tendant la garantie de l'art. 15.

S'il était possible de surmonter ces difficultés, on se trouverait devant la perspective de la réduction d'une liberté garantie par la *Charte*, pour la raison que l'exercice de cette liberté peut aller à l'encontre de la philosophie qui sous-tend un autre article de la *Charte*. Le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, traite de l'impossibilité de faire un choix dans l'abstrait entre des valeurs concurrentes consacrées dans la *Charte* et elle souligne la nécessité d'apprécier les valeurs opposées dans le contexte de l'affaire. C'est précisément ce genre de difficultés qui surgiraient si on soulevait l'al. 2b) de la *Charte* et l'art. 15. La violation alléguée de l'al. 2b) peut être placée dans un

value to be weighed on that side of the balance cannot be placed in a factual context. This would render the exercise of balancing the conflicting values extremely difficult.

Assuming such balancing were to be done, the further question would arise of whether it would more appropriately take place under s. 1 than under s. 2(b). The rejection by the Court of narrowing the scope of s. 2(b) on the basis of content in cases such as *Irwin Toy*, the contextual considerations raised by Wilson J. in *Edmonton Journal*, and consideration of where the burden of proof should lie in restricting rights and freedoms—all these suggest that restrictions on the broad definition of free expression found in s. 2(b) may well be more appropriately made under s. 1.

I conclude that this Court should not reduce the scope of expression protected by s. 2(b) of the *Charter* because of s. 15 of the *Charter*.

(2) *The Argument Based on Section 27 of the Charter*

Section 27 states that the *Charter* shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. Similar considerations apply here as applied to the argument based on s. 15 of the *Charter*. As in the case of the s. 15 argument, there is no conflict of rights, s. 27 embodying not a right or freedom but a principle of construction. As in the case of the s. 15 argument, the submission under s. 27 amounts to advocating that certain statements be denied protection under s. 2(b) because of their content, an approach which this court has rejected. Using s. 27 to limit the protection guaranteed by s. 2(b) is likewise subject to the objection that it would leave unprotected a large area of arguably legitimate social and political debate. All this is not to mention the difficulty of

contexte factuel. Mais comme il n'y a aucune violation de l'art. 15, l'autre valeur à soupeser ne peut être placée dans un contexte factuel. Cela rendrait extrêmement difficile l'évaluation relative des valeurs opposées.

À supposer que cette évaluation se fasse, se poserait alors la question de savoir s'il conviendrait mieux de la faire en vertu de l'article premier qu'en vertu de l'al. 2b). Le refus de notre Cour de réduire la portée de l'al. 2b) en raison du contenu, dans des arrêts comme *Irwin Toy*, les considérations d'ordre contextuel invoquées par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal* et la question de savoir à qui devrait incomber le fardeau de la preuve lorsqu'il s'agit de restreindre des droits et libertés, sont autant de facteurs qui indiquent qu'il convient peut-être mieux en effet que ce soit en vertu de l'article premier qu'on impose des restrictions à la définition large de liberté d'expression qu'on trouve à l'al. 2b).

Je conclus que notre Cour ne devrait pas se fonder sur l'art. 15 de la *Charte* pour réduire la portée de l'expression protégée par l'al. 2b) de la *Charte*.

(2) *L'argument fondé sur l'art. 27 de la Charte*

Aux termes de l'art. 27, toute interprétation de la *Charte* doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Les considérations applicables à cet argument sont semblables à celles appliquées à celui fondé sur l'art. 15 de la *Charte*. Pas plus que dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, il ne s'agit ici d'un conflit de droits, car l'art. 27 ne confère pas un droit ou une liberté mais énonce un principe d'interprétation. Et comme dans le cas de l'argument fondé sur l'art. 15, le moyen fondé sur l'art. 27 revient à proposer que la protection de l'al. 2b) soit refusée à certaines déclarations à cause de leur contenu, idée qui a été rejetée par notre Cour. Le recours à l'art. 27 pour limiter la protection garantie par l'al. 2b) donne également prise à l'objection que cela laisserait sans protection un large champ de débat social et politique pouvant être considéré comme légitime. À tout cela vient s'ajouter la difficulté qu'il y

weighing abstract values such as multiculturalism in the balance against freedom of speech.

Further difficulties are not hard to conjure up. Different people may have different ideas about what undermines multiculturalism. The issue is inherently vague and to some extent a matter of personal opinion. For example, it might be suggested that a statement that Canada should not permit immigration from a certain part of the world is inconsistent with the preservation and enhancement of multiculturalism. Is s. 2(b) to be cut back to eliminate protection for such a statement, given the differing opinions one might expect on such a matter? It may be argued, moreover, that a certain latitude for expression of derogatory opinion about other groups is a necessary correlative of a multicultural society, where different groups compete for limited resources.

For example, in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), a case prosecuted under s. 319(2), the alleged hateful statements arose over the question of whether a French school should be built in a predominantly anglophone area. Such statements are regrettable. But before concluding that they should be denied all constitutional protection in all circumstances—which is the effect of removing them from s. 2(b)—we must ask ourselves hard questions. Will repression of such opinions deepen rather than alleviate irrational prejudices? Is not the ideal of toleration, fundamental to our traditional concept of free expression, also the essence of multiculturalism, and can multiculturalism truly be promoted by denying that ideal? Given the fact that removal of speech from s. 2(b) is to deny it any protection regardless of the circumstances, is it appropriate where such debates exist to remove statements argued to undermine multiculturalism from s. 2(b)? Questions such as these point out the difficulty inherent in determining with any precision what statements would be excluded from s. 2(b) on

a à soupeser, d'une part, des valeurs abstraites telles que le multiculturalisme et, d'autre part, la liberté d'expression.

a On peut facilement concevoir d'autres difficultés. Différentes personnes peuvent avoir des idées différentes de ce qui mine le multiculturalisme. La question est vague en soi et elle est, dans une certaine mesure, une affaire d'opinion personnelle. b Par exemple, on pourrait prétendre que la déclaration que le Canada ne devrait pas admettre d'immigrants venant d'une certaine partie du monde est incompatible avec le maintien et la valorisation du multiculturalisme. La portée de l'al. 2b) doit-elle alors être restreinte afin qu'une telle déclaration ne soit pas protégée, compte tenu de la divergence d'opinions à laquelle on peut s'attendre sur ce genre de questions? On pourrait soutenir d'ailleurs qu'une société multiculturelle, où différents groupes se disputent des ressources limitées, comporte nécessairement une certaine latitude dans l'expression d'opinions désobligeantes à l'égard d'autres groupes.

e Par exemple, dans *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), un cas de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), les déclarations haineuses alléguées se rapportaient à la question de l'opportunité de construire une école française dans un quartier principalement anglophone. Des déclarations de ce genre sont déplorable. Mais avant de conclure qu'il faut leur refuser toute protection constitutionnelle dans toutes les circonstances—la conséquence de leur exclusion de l'al. 2b)—il faut se poser des questions sérieuses. La répression de telles opinions renforcerait-elle les préjugés irrationnels au lieu de les atténuer? f L'idéal de tolérance, fondamental à notre conception traditionnelle de la liberté d'expression, n'est-il pas également l'essence du multiculturalisme, et peut-on promouvoir le multiculturalisme par la négation de cet idéal? g Étant donné qu'une expression soustraite de la portée de l'al. 2b) est privée de toute protection peu importe les circonstances, convient-il dans le cas de tels débats d'exclure de la portée de l'al. 2b) les déclarations qui, à ce qu'on prétend, minent le multiculturalisme? h Ce genre de questions font ressortir jusqu'à quel point il est difficile de déterminer avec quelque exacti-

the ground that they undermine our multicultural heritage.

Before leaving this point I would add that there is no evidence that the impugned legislation in fact contributes to the enhancement and preservation of multiculturalism in Canada. Reliance, therefore, on s. 27 to tailor or otherwise cut back the protection afforded by s. 2(b) risks undercutting the fundamental freedom with no guarantee of a tangible benefit in return. In my opinion, the weighing of interests and values implicit in questions such as these is better accomplished under s. 1 of the *Charter*.

(3) *The Argument Based on International Law*

The third argument based on construction is the international law argument. It is argued that exclusion of hate propaganda from the guarantee of freedom of speech is consistent with various international covenants, to some of which Canada is party. While this Court is not bound to follow international law in its interpretation of *Charter* rights and freedoms (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313) it is urged that as a matter of construction this Court should interpret s. 2(b) in a manner consistent with the international viewpoint.

I have earlier alluded to the different philosophies toward freedom of speech which inform the international tradition on the one hand and the American tradition on the other. The international tradition tends to define freedom of expression in a way which accommodates state legislation curtailing hate propaganda, thus precluding any debate about whether such measures infringe freedom of expression, and if so, whether they are justified. I have suggested that this is not the model of the Canadian *Charter*, which consistent with the pre-*Charter* quasi-constitutional status accorded to freedom of expression in this country posits a broad and unlimited right of expression under s. 2(b), a right which can be cut back only under s. 1 upon the state demonstrating that the limit or

tude quelles déclarations seraient exclues de l'application de l'al. 2b) parce qu'elles nuisent à notre patrimoine multiculturel.

^a Avant de conclure sur ce point j'ajouterais qu'il n'a aucunement été démontré qu'en fait la législation contestée contribue à la promotion et à la préservation du multiculturalisme au Canada. Le recours à l'art. 27 pour modeler ou restreindre autrement la protection garantie par l'al. 2b) risque donc de porter atteinte à une liberté fondamentale sans garantie de gains tangibles en retour. À mon avis, il est plus approprié de soupeser les intérêts et valeurs implicites dans des questions ^b comme celles-ci dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. ^c

(3) *L'argument fondé sur le droit international*

^d Le troisième argument tenant à l'interprétation est fondé sur le droit international. On soutient que l'exclusion de la propagande haineuse de la garantie de liberté d'expression est compatible ^e avec diverses conventions internationales, dont certaines ont été signées par le Canada. Bien que notre Cour ne soit pas liée par le droit international dans son interprétation des droits et libertés garantis par la *Charte* (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313), on a fait valoir que nous devrions interpréter l'al. 2b) d'une manière qui concorde avec la position internationale. ^f

^g J'ai déjà fait mention des différentes philosophies relatives à la liberté d'expression qui informent la tradition internationale d'une part et la tradition américaine d'autre part. La tradition internationale tend à définir la liberté d'expression d'une manière qui permet à l'État d'adopter des textes législatifs imposant des limites à la propagande haineuse, ce qui exclut d'avance tout débat sur la question de savoir si de telles mesures ^h portent atteinte à la liberté d'expression et, dans l'affirmative, si elles sont justifiées. Or, j'ai déjà ⁱ indiqué que ce modèle ne s'applique pas à la *Charte* canadienne, qui, conformément au statut quasi constitutionnel donné à la liberté d'expression dans ce pays avant la *Charte*, prévoit à l'al. 2b) un droit large et illimité à l'expression ne ^j

infringement of the freedom is reasonably justified in a free and democratic society.

Quite apart from this difference in approach, another consideration persuades me that it would be wrong to cut back the scope of s. 2(b) on the ground that Canada has signed treaties which are inconsistent with affording protection to racial propaganda.

This argument, like the arguments under ss. 15 and 27 of the *Charter*, would require cutting down the protection offered by s. 2(b) of the *Charter* on the basis of the content of the statements sought to be protected. It would deny certain statements constitutional protection because their content is intended to promote discrimination and hatred of certain groups in society. This Court has expressly rejected such a course.

Canada's international obligations, and the accords negotiated between international governments may well be helpful in placing *Charter* interpretation in a larger context. Principles agreed upon by free and democratic societies may inform the reading given to certain of its guarantees. It would be wrong, however, to consider these obligations as determinative of or limiting the scope of those guarantees. The provisions of the *Charter*, though drawing on a political and social philosophy shared with other democratic societies, are uniquely Canadian. As a result, considerations may point, as they do in this case, to a conclusion regarding a rights violation which is not necessarily in accord with those international covenants.

I should add that I am not of the view that any measures taken to implement Canada's international obligations to combat racial discrimination and hate propaganda must necessarily be unconstitutional. The obligations expressed in the *International Covenant on Civil and Political Rights* (to prohibit by law "[a]ny advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to

pouvant être réduit qu'en vertu de l'article premier si l'État démontre que la restriction imposée ou l'atteinte portée au droit en question peut raisonnablement se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Tout à fait indépendamment de cette différence de points de vue, il y a une autre raison de penser, à mon avis, qu'on aurait tort de limiter la portée de l'al. 2b) parce que le Canada a signé des traités inconciliables avec la protection de la propagande raciale.

Cette raison est que cet argument, comme ceux fondés sur les art. 15 et 27 de la *Charte*, exigerait la réduction de la protection offerte par l'al. 2b) de la *Charte* en fonction du contenu des déclarations qu'on veut faire protéger. Il refuserait à certaines déclarations la protection constitutionnelle du fait que leur contenu est destiné à promouvoir la discrimination et la haine à l'endroit de certains groupes de la collectivité. C'est un parti que notre Cour a expressément rejeté.

Les obligations internationales du Canada et les accords négociés entre gouvernements nationaux peuvent être utiles pour élargir le contexte de l'évaluation de la *Charte*. Des principes reconnus par des sociétés libres et démocratiques peuvent informer la compréhension de certaines de ses garanties. Ce serait toutefois une erreur de considérer que ces obligations permettent de définir ou de limiter la portée de ces garanties. Les dispositions de la *Charte*, quoiqu'inspirées par une philosophie politique et sociale partagée avec d'autres sociétés démocratiques, sont particulières au Canada. En conséquence, ces considérations peuvent mener, comme en l'espèce, à une conclusion concernant une violation de droits qui n'est pas nécessairement en accord avec ces conventions internationales.

J'ajoute que je ne suis pas d'avis que des mesures prises pour mettre en œuvre des obligations internationales en vue de lutter contre la discrimination raciale et la propagande haineuse, sont nécessairement inconstitutionnelles. Les obligations énoncées dans le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (d'interdire par la loi «[t]out appel à la haine nationale, raciale ou reli-

discrimination, hostility or violence”) and the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (to “declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred”) are general in nature. Details of methods to be used are not specified. Nothing in those instruments compels enactment of s. 319(2), as opposed to other provisions combatting racism.

I conclude that none of the arguments which are advanced for construing s. 2(b) of the *Charter* narrowly to exclude from its protection statements offending s. 319(2) of the *Criminal Code* can prevail.

C. Absence of Redeeming Value

The fundamental premise of the arguments advanced under this head is that only justified or meritorious expression is protected under s. 2(b). These arguments take several forms.

The first is the contention that the protection of the wilful promotion of hatred was never within the contemplation of the framers of the *Charter* and therefore can be criminalized without the necessity of meeting the standard of justification of s. 1. This argument draws on the language of *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, to the effect that *Charter* rights must be interpreted purposively, in light of the interests they were meant to protect, and in their proper linguistic, philosophic and historical contexts. Freedom of expression, although historically recognized as an important value in Canadian society, has never been absolute, it is pointed out. Libel and slander laws, as well as the hate-mongering sections of the *Criminal Code*, were accepted as limits on freedom of expression before the adoption of the *Charter* and should continue to be accepted, the argument goes.

gieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l’hostilité ou à la violence») et dans la *Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale* (de «déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d’idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale») sont de nature générale. Il n’y a aucune précision quant aux méthodes à employer. Rien dans ces instruments n’oblige l’adoption du par. 319(2) plutôt que d’autres dispositions de lutte contre le racisme.

Je conclus qu’aucun des arguments avancés en faveur d’une interprétation restrictive de l’al. 2b) de la *Charte*, qui exclurait de la protection de cet alinéa les déclarations qui enfreignent le par. 319(2) du *Code criminel*, ne peut être retenu.

C. L’absence de valeur intrinsèque

Les arguments invoqués sous cette rubrique partent de cette prémisse fondamentale que seule l’expression justifiée ou méritoire bénéficie de la protection de l’al. 2b). Ces arguments revêtent plusieurs formes.

On soutient tout d’abord que la protection de la fomentation volontaire de la haine n’a jamais été envisagée par les rédacteurs de la *Charte* et peut en conséquence être criminalisée sans qu’il soit besoin de satisfaire à la norme de justification établie par l’article premier. C’est là un argument qui s’appuie sur les propos tenus dans l’arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 155, et dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344, d’où il ressort que les droits garantis par la *Charte* doivent s’interpréter en fonction de l’objet qu’ils visent, à la lumière des intérêts qu’ils sont destinés à protéger, et dans leurs contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. On souligne que la liberté d’expression, quoique reconnue historiquement comme une valeur importante dans la société canadienne, n’a jamais été absolue. Toujours selon cette argumentation, les lois en matière de diffusion ainsi que les articles du *Code criminel* relatifs à la fomentation de la haine ont été acceptés comme restrictions de la liberté d’expression avant l’adoption de la *Charte* et devraient continuer de l’être.

This argument amounts to saying that the right to free expression enshrined in the *Charter* must be confined to the ambit of the rules affecting free speech which preceded the *Charter*. Generally this Court has not taken such a restrictive approach to *Charter* rights and freedoms, but has preferred a large and generous interpretation. This is in keeping with the fact that the principles enshrined in the *Charter* are general and fundamental. The spirit of the jurisprudence that preceded the *Charter* may infuse the interpretation of these rights, but it should not unduly constrain the development of principles which may better reflect the broad and progressive spirit of the *Charter*.

The argument, furthermore, is rebutted by the pre-*Charter* cases themselves. For example, the British common law made the promotion of ill-will and hostility between subjects the offence of criminal sedition. This Court in *Boucher, supra*, however, held that the principle of free speech required that the traditional definition of criminal sedition be narrowed to encompass only the intention to incite people to actual violence, disorder or unlawful conduct. Thus even before the *Charter*, this Court was not prepared to accept historical legal limitations on expression where they conflicted with the larger Canadian conception of free speech.

Another version of this argument looks to the generally accepted justifications for protecting freedom of speech, such as truth, democracy and self-fulfillment, and asks whether “hate-mongering” does anything to further those values.

The first difficulty with this argument is that none of the previous decisions of this Court involving free speech have followed such an approach. In *Ford*, as already mentioned, the Court declined to apply such an analysis to s. 2(b), on the ground that it related more to the consideration of competing claims under s. 1. The arguments from truth, democracy and self-fulfillment were given a limited role in the interpretation of s. 2(b) in *Irwin*

Cette argumentation revient à dire que le droit à la liberté d'expression consacré dans la *Charte* ne doit pas dépasser la portée des règles qui s'appliquaient à la liberté de parole avant l'entrée en vigueur de la *Charte*. En général, notre Cour n'a pas interprété aussi restrictivement les droits et libertés garantis par la *Charte*, mais a préféré une interprétation large et libérale, en harmonie avec le caractère général et fondamental des principes consacrés dans la *Charte*. L'interprétation de ces droits peut s'inspirer de l'esprit de la jurisprudence antérieure à la *Charte*, mais sans limiter indûment le développement de principes qui pourraient mieux traduire l'esprit large et progressif de la *Charte*.

De plus, la jurisprudence antérieure à la *Charte* réfute elle-même ces arguments. Par exemple, en common law britannique la fomentation de l'inimitié et de l'hostilité entre sujets constituait l'infraction de sédition criminelle. Dans l'arrêt *Boucher*, précité, cependant, notre Cour a dit que le principe de la liberté de parole exigeait que la portée de la définition traditionnelle de la sédition criminelle soit réduite de manière à ne comprendre que l'intention d'inciter les gens à commettre réellement des actes de violence, des atteintes à la paix publique ou des actes illégaux. Donc, même avant la *Charte*, notre Cour n'était pas disposée à accepter que l'expression soit soumise à des restrictions juridiques historiques lorsque celles-ci entraient en conflit avec la conception canadienne plus large de la liberté de parole.

Une variante de cet argument invoque les justifications généralement admises pour la protection de la liberté de parole—telles que la vérité, la démocratie et l'épanouissement personnel—et demande en quoi la «fomentation de la haine» sert à promouvoir ces valeurs.

La première difficulté que présente cet argument est qu'aucun arrêt antérieur de notre Cour portant sur la liberté d'expression n'a suivi cette démarche. Dans l'arrêt *Ford*, comme je l'ai déjà fait remarquer, la Cour a refusé d'appliquer ce genre d'analyse à l'al. 2b) pour le motif qu'elle convenait davantage à l'appréciation de réclama-tions concurrentes en vertu de l'article premier. Les arguments tirés de la vérité, de la démocratie

Toy, but only in cases where there is no clear government purpose of restricting free expression. The expression in issue in *Irwin Toy* had little redeeming value. That was why the government had banned it, a legislative act which the Court upheld as justified under s. 1. Nevertheless, the Court had little difficulty finding that the limitation of such speech infringed the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

The argument, moreover, is essentially circular. If one starts from the premise that the speech covered by s. 319(2) is dangerous and without value, then it is simple to conclude that none of the commonly-offered justifications for protecting freedom of expression are served by it.

Another problem with this approach is the difficulty of determining when speech has redeeming value. In cases such as the present, it may be easy to achieve near-unanimous consensus that the statements contribute nothing positive to our society. But the proposition underlying this argument is not confined to such cases. In order to make their case, those advancing the argument must establish *inter alia* that all expression potentially affected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is irrelevant to the workings of representative democracy. To come within the ambit of potential prosecution under s. 319(2) speech need only wilfully demean an identifiable group. (To be "wilful", the speaker must have as his conscious purpose the promotion of hatred, or foresee that it is certain or morally certain to occur: *Buzzanga, supra*. However, such purpose or foresight may be readily inferred in cases of highly controversial speech.) Is it unimaginable that questions of public policy should involve speech of this kind? The Canadian Civil Liberties Association raises the example of a native leader making bitter comments about whites in frustration with governmental failure to recognize land claims. Bitter debate arising from the language of schooling has given rise to pros-

et de l'épanouissement personnel ont eu un rôle limité dans l'interprétation de l'al. 2b) dans l'arrêt *Irwin Toy*, mais seulement dans les situations où le gouvernement ne vise pas manifestement à restreindre la liberté d'expression. L'expression en cause dans l'affaire *Irwin Toy* n'avait que peu de valeur intrinsèque susceptible de la racheter. C'est pourquoi le gouvernement l'avait proscrite, acte législatif que notre Cour a déclaré justifié au sens de l'article premier. La Cour est néanmoins arrivée sans beaucoup de difficulté à la conclusion que la restriction de ce genre d'expression violait la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*.

L'argument est par ailleurs essentiellement tautologique. En effet, si l'on part de la prémisse que l'expression visée au par. 319(2) est dangereuse et sans valeur, il est facile alors de conclure qu'aucune des justifications couramment avancées pour la protection de la liberté d'expression ne s'y applique.

Autre problème inhérent à ce raisonnement tient à la difficulté qu'il y a à déterminer quand l'expression a une valeur intrinsèque susceptible de la racheter. Dans des cas comme l'espèce, il peut être facile d'arriver à un consensus presque unanime que les déclarations en cause n'apportent rien de positif à notre société. Cependant la proposition qui sous-tend cet argument ne se limite pas à de tels cas. Pour que leur argument soit retenu, ceux qui l'avancent doivent établir notamment que toute expression pouvant théoriquement relever du par. 319(2) du *Code criminel* est dénuée de toute pertinence à l'égard du fonctionnement de la démocratie représentative. Pour donner lieu à d'éventuelles poursuites en vertu du par. 319(2), il suffit que l'expression dénigre volontairement un groupe identifiable. (Or, celui qui s'exprime agit «volontairement» s'il se fixe sciemment le but de fomenter la haine ou s'il prévoit que telle en sera la conséquence certaine ou très probable: *Buzzanga*, précité. Ce but ou cette prévision peut toutefois s'inférer facilement dans les cas où il s'agit d'une expression hautement controversée.) Est-il inconcevable que des questions intéressant l'ordre public engendrent ce type d'expression? L'Association canadienne des libertés civiles donne l'exemple

ecution under s. 319(2): *Buzzanga*. Experience shows that in actual cases it may be difficult to draw the line between speech which has value to democracy or social issues and speech which does not.

Attempts to confine the guarantee of free expression only to content which is judged to possess redeeming value or to accord with the accepted values strike at the very essence of the value of the freedom, reducing the realm of protected discussion to that which is comfortable and compatible with current conceptions. If the guarantee of free expression is to be meaningful, it must protect expression which challenges even the very basic conceptions about our society. A true commitment to freedom of expression demands nothing less.

D. The Scope of Section 2(b)—Summary

I cannot accept the arguments which have been advanced for the proposition that s. 2(b) does not afford protection to statements wilfully promoting hatred under s. 319(2) of the *Criminal Code*. Instead, I return to the affirmation in *Irwin Toy* that if the activity being regulated has expressive content, and does not convey a meaning through a violent form, then it is *prima facie* protected by s. 2(b) of the *Charter*. Provided that the further condition is established that the purpose or effect of the government action in issue is to restrict freedom of expression, the case for infringement of s. 2(b) has been made out. Both conditions are met in this case. Section 319(2) is directed at the content of certain statements. It applies where the meaning is conveyed in a non-violent form. And finally, its purpose is to curtail what people may say.

The infringement of s. 2(b) is established, and the analysis must proceed to the test of justification under s. 1 of the *Charter*.

d'un dirigeant autochtone qui, frustré par le refus du gouvernement de reconnaître les revendications territoriales, tient des propos amers contre les Blancs. Un débat acrimonieux sur la langue de l'enseignement a donné lieu à des poursuites en vertu du par. 319(2): *Buzzanga*. L'expérience montre que, dans la pratique, il peut être difficile de tracer une ligne de démarcation entre l'expression qui a une valeur pour la démocratie ou la discussion de questions sociales, et celle qui n'en a pas.

Les tentatives de restriction de la garantie de liberté d'expression seulement au contenu qui est considéré avoir une valeur positive ou être conforme avec des valeurs acceptées, frappent l'essence même de la valeur de la liberté, en réduisant le champ de protection des débats à ce qui ne dérange pas ou à ce qui est compatible avec les idées actuelles. Si la garantie de libre expression doit avoir un sens, elle doit protéger l'expression qui conteste même les conceptions fondamentales de notre société. Un engagement réel à l'égard de la liberté d'expression n'exige pas moins.

D. La portée de l'al. 2b)—résumé

Je ne puis retenir les arguments avancés au soutien de la proposition selon laquelle l'al. 2b) ne protège pas les déclarations fomentant volontairement la haine visées au par. 319(2) du *Code criminel*. Je reviens plutôt à l'affirmation dans l'arrêt *Irwin Toy* que si l'activité faisant l'objet de réglementation a un contenu expressif et qu'elle ne transmet pas une signification par des moyens violents, elle bénéficie à première vue de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. Pourvu qu'on établisse en outre que l'action gouvernementale en question a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression, la violation de l'al. 2b) est prouvée. En l'espèce, l'une et l'autre condition a été remplie. Le paragraphe 319(2) vise le contenu de certaines déclarations. Il s'applique dans des cas où la signification est transmise par des moyens non violents. En dernier lieu, son objet est d'imposer des restrictions à ce qu'on peut dire.

La violation de l'al. 2b) est donc établie et nous devons passer à l'analyse de sa justification en vertu de l'article premier de la *Charte*.

III. Section 11(d)—The Presumption of Innocence

Section 319(3) of the *Criminal Code* provides several defences. One of them, s. 319(3)(a), is the defence of truth. The origins of this defence may be found in the report of the Cohen Committee, which led to the adoption of s. 319(2). That report affirmed that the truth should be a defence to the criminal charge of promoting hatred.

Under s. 319(3)(a), where the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused wilfully promoted hatred against an identifiable group, the accused will escape liability "if he establishes that the statements communicated were true". With regard to this, the first and most important of the defences established by s. 319(3), it is clear that the burden of proof lies on the accused. The question is whether this violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*.

In my view, the answer to this question is governed by this Court's decision *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. There Dickson C.J., writing for the Court, found that the crime of driving or having care or control of a motor vehicle while impaired, combined with a provision that occupancy of the driver's seat shall be deemed to be having care and control of the vehicle, offended s. 11(d) of the *Charter*. The Chief Justice reiterated the view that he had taken earlier in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, at p. 935, that: "The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence." He stated at p. 18:

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

The fundamental principle that the accused cannot be required to prove a defence without an

III. L'alinéa 11d)—la présomption d'innocence

Le paragraphe 319(3) du *Code criminel* prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité à l'al. 319(3)a). Cette défense tire ses origines du rapport du comité Cohen, qui a mené à l'adoption du par. 319(2). On disait dans ce rapport que la véracité devait constituer un moyen de défense opposable à l'accusation d'avoir fomenté la haine.

Aux termes de l'al. 319(3)a), lorsque le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, il est exonéré s'il établit que les déclarations communiquées étaient vraies. En ce qui concerne cette défense, qui est la première et la plus importante des défenses prévues au par. 319(3), il est évident que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé. Il faut se demander s'il y a ainsi violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*.

À mon sens, la réponse à cette question se trouve dans notre arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, où le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, a décidé que le crime de conduire un véhicule à moteur ou d'en avoir la garde ou le contrôle avec facultés affaiblies, assorti d'une disposition prévoyant qu'une personne qui occupe la place du conducteur est réputée avoir la garde et le contrôle du véhicule, violait l'al. 11d) de la *Charte*. Le Juge en chef a répété l'opinion qu'il avait exprimée précédemment dans l'arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, à la p. 935, savoir: «Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense.» Il dit à la p. 18:

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Le principe fondamental suivant lequel un accusé ne peut être obligé de prouver un moyen de

infringement of s. 11(d) resulting was not altered, in my view, by the decision of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443. The majority in *Schwartz* accepted the principle enunciated in *Whyte*, but took the view that the production of a firearms certificate by the accused did not constitute a defence, concluding that “[t]here is no reverse onus imposed upon the accused” in that “[h]e is not required to prove or disprove any element of the offence” (p. 485).

It suffices for the purposes of this case to say that that is not so here. Parliament has expressly made falsity an element of the offence by providing that truth constitutes a defence. To say that falsity is not an element of the offence is to say that the offence is established regardless of the truth or falsity of the statement. Clearly this was not Parliament’s intention. It made truth a defence. By placing the burden of establishing that truth on the accused it has contravened the basic principle that the accused need not prove a defence.

The argument that it is unworkable to require the Crown to prove the falsity of the statements alleged to contravene s. 319(2) of the *Criminal Code* is more appropriately considered under s. 1 than under s. 11(d).

I conclude that s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* violates s. 11(d) of the *Charter*.

IV. *The Analysis Under Section 1*

A. Section 1 and the Infringement of Freedom of Expression

The Court’s function under s. 1 of the *Charter* is that of weighing and balancing. Before reaching s. 1, the Court must already have determined that the law in question infringes a right or freedom guaranteed by the *Charter*. The infringement alone, however, does not mandate that the law must fall. If the limit the law imposes on the right infringed is “reasonable” and “can be demonstrably justified in a free and democratic society”, the law is valid. The demonstration of this justifi-

défense sans que cela entraîne une violation de l’al. 11d) n’a pas été changé, selon moi, par notre arrêt *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443. La majorité dans l’affaire *Schwartz* a accepté le principe énoncé dans l’arrêt *Whyte*, mais a estimé que la production d’un certificat d’enregistrement d’arme à feu par l’accusé ne constituait pas un moyen de défense, et a conclu qu’on «n’impose pas la charge de la preuve à l’accusé», car «[i]l n’a pas à prouver l’existence ou l’inexistence d’un élément de l’infraction» (p. 485).

Il suffit de signaler, aux fins de l’espèce qu’il n’en va pas de même ici. Le Parlement a expressément fait de la fausseté un élément de l’infraction en prévoyant que la véracité est un moyen de défense. Dire que la fausseté n’est pas un élément de l’infraction c’est affirmer que l’infraction est établie indépendamment de la véracité ou de la fausseté de la déclaration. De toute évidence, telle n’était pas l’intention du législateur fédéral. Il a fait de la véracité une défense. En imposant à l’accusé la charge d’établir la véracité, il a manqué au principe de base selon lequel l’accusé n’est pas tenu de prouver une défense.

Quant à l’argument voulant qu’il soit impraticable d’exiger que le ministère public prouve la fausseté des déclarations que l’on prétend contraires au par. 319(2) du *Code criminel*, il est plus approprié de l’étudier dans le contexte de l’article premier que dans celui de l’al. 11d).

Je conclus que l’al. 319(3)a) du *Code criminel* viole l’al. 11d) de la *Charte*.

IV. *L’analyse en vertu de l’article premier*

A. L’article premier et l’atteinte à la liberté d’expression

Le rôle d’un tribunal aux fins de l’article premier de la *Charte* consiste à soupeser et à apprécier. Avant même d’entreprendre l’analyse qu’exige l’article premier, le tribunal doit avoir déjà décidé que la loi en question porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Cette seule atteinte ne détermine cependant pas l’invalidité de la loi. En effet, pour peu que la limite qu’elle impose au droit violé soit «raisonnable» et que sa «justification puisse se démontrer

cation, the burden of which lies on the state, involves proving that there are other rights or interests which outweigh the right infringed in the context of that case.

The task which judges are required to perform under s. 1 is essentially one of balancing. On the one hand lies a violation or limitation of a fundamental right or freedom. On the other lies a conflicting objective which the state asserts is of greater importance than the full exercise of the right or freedom, of sufficient importance that it is reasonable and “demonstrably justified” that the limitation should be imposed. The exercise is one of great difficulty, requiring the judge to make value judgments. In this task logic and precedent are but of limited assistance. What must be determinative in the end is the court’s judgment, based on an understanding of the values our society is built on and the interests at stake in the particular case. As Wilson J. has pointed out in *Edmonton Journal*, *supra*, this judgment cannot be made in the abstract. Rather than speak of values as though they were Platonic ideals, the judge must situate the analysis in the facts of the particular case, weighing the different values represented in that context. Thus it cannot be said that freedom of expression will always prevail over the objective of individual dignity and social harmony, or vice versa. The result in a particular case will depend on weighing the significance of the infringement on freedom of expression represented by the law in question, against the importance of the countervailing objectives, the likelihood the law will achieve those objectives, and the proportionality of the scope of the law to those objectives.

The test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, provides a guide for the analysis under s. 1 which reflects the essential task of balancing conflicting values in the context of the case at hand. Two conditions must be satisfied if a law limiting constitutionally guaranteed rights and freedoms is to be sustained under s. 1. First, the objective which the limit is designed to serve must be of

dans le cadre d’une société libre et démocratique», la loi est valide. La démonstration de cette justification, dont la charge incombe à l’État, exige la preuve de l’existence d’autres droits ou intérêts qui, dans les circonstances, l’emportent sur le droit auquel il a été porté atteinte.

L’article premier donne essentiellement aux juges une tâche d’appréciation. D’une part, il y a la violation ou restriction d’un droit fondamental ou d’une liberté fondamentale; de l’autre, il y a un objectif opposé que l’État prétend plus important que le plein exercice du droit ou de la liberté en question, d’une importance suffisante pour que la restriction soit raisonnable et que sa «justification puisse se démontrer». Cette tâche très délicate oblige le juge à faire des jugements de valeur. Dans cet exercice, la logique et les précédents ne sont que d’un secours limité. Ce qui est déterminant en dernière analyse c’est le jugement du tribunal, fondé sur une compréhension des valeurs constituant le fondement de notre société et des intérêts en jeu dans l’affaire. Comme le fait observer le juge Wilson dans l’arrêt *Edmonton Journal*, précité, ce jugement ne peut pas être formé dans l’abstrait. Plutôt que de parler de valeurs comme s’il s’agissait d’idéaux platoniques, le juge doit faire son analyse en fonction des faits de l’affaire dont il est saisi, soupesant dans ce contexte les différentes valeurs en question. On ne saurait donc affirmer que la liberté d’expression l’emportera toujours sur l’objectif de la dignité individuelle et de l’harmonie sociale, ou vice versa. Le résultat dans un cas particulier dépendra de l’appréciation de l’importance de l’atteinte portée à la liberté d’expression par la loi en cause par rapport à l’importance des objectifs y faisant contrepois, à la probabilité que la loi permettra d’atteindre ces objectifs et à la proportionnalité de la portée de la loi à ces objectifs.

Le critère énoncé dans l’arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, guide l’analyse requise par l’article premier et reflète les étapes de la tâche principale qui est de soupeser des valeurs contradictoires dans le contexte de l’espèce. Deux conditions doivent être remplies pour qu’une loi imposant des restrictions à des droits et libertés garantis par la Constitution soit maintenue en vertu de

sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified in a free and democratic society. To conclude that the means chosen are reasonable and demonstrably justified, the court must be satisfied of three things:

1. The measures designed to meet the legislative objective (in this case s. 319(2) of the *Criminal Code*) must be rationally connected to the objective;
2. The means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and
3. There must be proportionality between the effect of the measures which limit the *Charter* right or freedom and the legislative objective of the limit on those rights. This involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

(1) *The Objective of Section 319(2) of the Criminal Code*

In *Oakes* Dickson C.J., speaking for the majority, stated that the first consideration in an analysis under s. 1 is that the objective be “of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom” (p. 138). Quoting from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, he observed that the standard must be high in order to ensure that objectives of a trivial nature do not gain s. 1 protection. The objective must be of a pressing and substantial nature before it can be characterized as sufficiently important to override a *Charter* right.

The objective of s. 319(2) of the *Criminal Code* is to prevent the promotion of hatred toward identifiable groups within our society. As the Attorney General of Canada puts it, the objective of the

l'article premier. D'abord, il faut que l'objectif visé par la restriction ait une importance suffisante pour justifier l'atteinte à un droit protégé par la Constitution. Ensuite, si l'existence d'un tel objectif est établie, la partie qui invoque l'article premier doit prouver que les moyens choisis pour réaliser l'objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Avant de conclure que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, le tribunal doit être convaincu de trois choses:

1. Les mesures conçues pour réaliser l'objectif législatif (en l'occurrence le par. 319(2) du *Code criminel*) doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;
2. Les moyens employés doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question;
3. Il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui limitent le droit ou la liberté garantis par la *Charte* et l'objectif législatif visé par la limitation de ces droits. Cela implique qu'on soupèse l'atteinte portée à des droits garantis par la *Charte* et l'objectif de la limitation de ces droits.

(1) *L'objet du par. 319(2) du Code criminel*

Dans l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, dit que le premier point à considérer dans une analyse en vertu de l'article premier est de savoir si l'objectif est «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (p. 138). Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, il fait observer que la norme doit être sévère afin que des objectifs peu importants ne bénéficient pas de la protection de l'article premier. L'objectif doit avoir un caractère urgent et réel, sans quoi il ne peut être qualifié de suffisamment important pour l'emporter sur un droit garanti par la *Charte*.

Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* a pour objet d'empêcher la fomentation de la haine contre des groupes identifiables dans notre société. Comme le dit le procureur général du Canada, il

legislation is, "among other things, to protect racial, religious and other groups from the wilful promotion of hatred against them, to prevent the spread of hatred and the breakdown of racial and social harmony, and "to prevent the destruction of our multicultural society"". These aims are subsumed in the twin values of social harmony and individual dignity.

These are laudable goals and serious ones. The objectives are clearly of a substantial nature. Given the history of racial and religious conflict in the world in the past fifty years, they may be said to be pressing, even though it is not asserted that an emergency exists in Canada. The *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (1966), at pp. 11-15 (the Cohen Report), provides an empirical foundation for the submission that defamation of particular groups is a pressing and substantial concern in Canada. Evidence of current and continuing public concern about racial and religious tension in Canada generally and the subject matter of s. 319(2) in particular, is found in *Equality Now!* (1984), the report of the House of Commons Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society, at pp. 1-6 and 69-74.

The continued existence of hateful communication in Canada is symptomatic of an unfortunate reality that while Canadians often pride themselves for maintaining a tolerant and welcoming society, it is undermined by the persistence of racial and religious division. The conflict is harmful both to the individuals and groups who are the target of prejudice, and to society as a whole. Members of minority groups are inclined to consider themselves outsiders in their country, and may be inhibited from contributing to the extent of their desire and ability. The loss of this potential talent and ability threatens to deprive Canada of the skills and talents of those who feel excluded and unwelcome. Moreover, the animosity created by ignorance and hatred further exacerbates the divisions of a nation.

s'agit d'une disposition législative qui vise [TRANSDUCTION] «notamment à protéger des groupes raciaux, religieux et autres contre la fomentation volontaire de la haine à leur endroit, à empêcher la propagation de la haine, à prévenir la discorde raciale et sociale, et «à éviter la destruction de notre société multiculturelle». Ces objets sont compris sous les deux valeurs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

Ce sont là des buts louables et sérieux. Ils sont manifestement importants. Compte tenu de l'histoire des conflits raciaux et religieux dans le monde des cinquante dernières années, on peut aussi les qualifier d'urgents, bien qu'on ne prétende pas que la situation en soit une d'urgence au Canada. Le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966), pp. 11 à 16 (le rapport Cohen), fournit un fondement empirique pour le point de vue selon lequel la diffamation de groupes particuliers est une préoccupation urgente et réelle au Canada. Une preuve de la préoccupation publique actuelle et permanente à l'égard de la tension raciale et religieuse au Canada en général et, en particulier, à l'égard de la matière traitée au par. 319(2), se trouve dans *L'égalité ça presse!* (1984), le rapport du Comité spécial de la Chambre des communes sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, aux pp. 1 à 7 et 75 à 81.

Le fait que les communications haineuses continuent d'exister au Canada est un symptôme de la triste réalité actuelle: les Canadiens se font souvent gloire de préserver une société tolérante et accueillante, mais doivent aussi faire face à des divisions raciales et religieuses persistantes. Le conflit est préjudiciable tant pour les individus et les groupes touchés par les préjugés, que pour l'ensemble de la société. Certains membres de groupes minoritaires sont enclins à se considérer eux-mêmes comme des étrangers dans leur pays et peuvent être découragés d'apporter une contribution à la mesure de leurs souhaits et de leurs capacités. La perte de ces talents et de ces capacités en puissance menace de priver le Canada des compétences et des talents de ceux qui se sentent exclus ou rejetés. De plus, l'animosité créée par l'ignorance et la haine exacerbe encore les divisions du pays.

The problem is not new, but neither is it quickly disappearing. As the *Annual Report 1989* of the Canadian Human Rights Commission strongly remarked, intolerance among Canadians towards members of different groups remains a serious problem (at p. 22):

The demons of racial and cultural prejudice have never been either officially or unofficially exorcised from Canadian society. We may, on occasion, have been marginally more enlightened than our southern neighbours, but instances of racism and intolerance are deeply etched in the historical record and, for that matter, not hard to find in the daily newspapers.

Given the problem of racial and religious prejudice in this country, I am satisfied that the objective of the legislation is of sufficient gravity to be capable of justifying limitations on constitutionally protected rights and freedoms.

(2) *Proportionality*

(a) General Considerations

The real question in this case, as I see it, is whether the means—the criminal prohibition of wilfully promoting hatred—are proportional and appropriate to the ends of suppressing hate propaganda in order to maintain social harmony and individual dignity. The objective of the legislation is one of great significance, such significance that it is capable of outweighing the fundamental values protected by the *Charter*. The ultimate question is whether this objective is of sufficient importance to justify the limitation on free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*. In answering this question, the Court must consider not only the importance of the right or freedom in question and the significance of its limitation, but whether the way in which the limitation is imposed is justifiable. How serious is the infringement of the constitutionally guaranteed freedom, in this case freedom of expression? Is the limiting measure likely to further the objective in practice? Is the limiting measure overbroad or unnecessarily invasive? In the final analysis, bearing all these things in mind, does the benefit to be derived from the legislation outweigh the seriousness of the infringement? These are the considerations rele-

Le problème n'est pas nouveau, mais il ne disparaît pas vite non plus. Comme le souligne très clairement le *Rapport annuel 1989* de la Commission canadienne des droits de la personne, l'intolérance parmi les Canadiens envers les membres de groupes différents demeure un problème grave (à la p. 24):

Les démons des préjugés raciaux et culturels n'ont jamais été ni officiellement ni officieusement exorcisés de notre société. Il se peut que nous ayons été, à l'occasion, un tout petit peu plus éclairés que nos voisins du Sud, mais notre passé regorge d'histoires de racisme et d'intolérance, dont il n'est d'ailleurs pas difficile de retrouver des traces dans nos quotidiens.

Compte tenu du problème des préjugés raciaux et religieux dans notre pays, je suis convaincue que l'objectif visé par les dispositions législatives en cause est suffisamment important pour pouvoir justifier des restrictions imposées à des droits et libertés garantis par la Constitution.

(2) *La proportionnalité*

a) Généralités

La véritable question en l'espèce, selon moi, est celle de savoir si le moyen—l'interdiction pénale de la fomentation volontaire de la haine—est proportionnel et adapté à l'objet de la suppression de la propagande haineuse afin d'assurer le maintien de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. L'objectif visé par les dispositions législatives en cause est très important, à telle enseigne d'ailleurs qu'il peut prendre le pas sur les valeurs fondamentales protégées par la *Charte*. La question ultime est de savoir si cet objectif a une importance suffisante pour justifier la restriction imposée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Pour répondre à cette question, non seulement le tribunal doit-il prendre en considération l'importance du droit ou de la liberté en cause et l'importance de la restriction apportée, mais encore doit-il examiner si la façon dont la restriction est imposée peut se justifier. Quelle est la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution, en l'occurrence la liberté d'expression? Dans la pratique, la mesure restrictive permettra-t-elle vraisemblablement d'atteindre l'objectif visé? La mesure restrictive a-t-elle une portée trop large ou est-elle plus envahissante qu'il

vant to the question of the proportionality of the limiting law.

I have said that the contest in this case lies between the fundamental right of free expression on the one hand, and the values of social harmony and individual liberty on the other. In approaching the difficult task of determining where the balance lies in the context of this case, it is important not to be diverted by the offensive content of much of the speech in question. As this Court has repeatedly stated, even the most reprehensible or disagreeable comments are *prima facie* entitled to the protection of s. 2(b). It is not the statements of Mr. Keegstra which are at issue in this case, but rather the constitutionality of s. 319(2) of the *Criminal Code*. That must be our focus.

Another general consideration relevant to the balancing of values involved in the proportionality test in this case relates peculiarly to the nature of freedom of expression. Freedom of expression is unique among the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* in two ways.

The first way in which freedom of expression may be unique was alluded to earlier in the context of the philosophical underpinnings of freedom of expression. The right to fully and openly express one's views on social and political issues is fundamental to our democracy and hence to all the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. Without free expression, the vigorous debate on policies and values that underlies participatory government is lacking. Without free expression, rights may be trammelled with no recourse in the court of public opinion. Some restrictions on free expression may be necessary and justified and entirely compatible with a free and democratic society. But restrictions which touch the critical core of social and political debate require particularly close consideration because of the dangers inherent in state censorship of such debate. This is of particular importance under s. 1 of the *Charter* which expressly requires the court to have regard

ne le faut? En dernière analyse, eu égard à tous ces facteurs, l'avantage à tirer du texte législatif l'emporte-t-il sur la gravité de l'atteinte? Telles sont les considérations pertinentes à la question de la proportionnalité de la loi restrictive.

J'ai dit qu'il s'agit en l'espèce de départager le droit fondamental à la liberté d'expression, d'une part, et les valeurs que représentent l'harmonie sociale et la liberté individuelle, d'autre part. Devant la tâche difficile de déterminer ce qui doit primer dans le contexte de la présente instance, il importe de ne pas se laisser détourner par le contenu offensant d'une bonne partie de l'expression en question. Comme notre Cour l'a souvent dit, même les propos les plus répréhensibles ou déplaisants bénéficient à première vue de la protection de l'al. 2b). Ce ne sont pas les déclarations de M. Keegstra qui sont en cause en l'espèce, mais bien la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code criminel*. C'est là-dessus que nous devons porter notre attention.

Une autre considération générale pertinente dans l'appréciation de valeurs pour les fins du critère de proportionnalité en l'espèce concerne directement la nature de la liberté d'expression. La liberté d'expression est unique parmi les droits et libertés garantis par la *Charte*, et ce, à deux titres.

La première façon dont la liberté d'expression peut être unique a déjà été évoquée dans le contexte de l'examen de la base philosophique de la liberté d'expression. Le droit d'exprimer complètement et ouvertement ses vues sur des questions sociales et politiques est fondamental à notre démocratie et, partant, à tous les autres droits et libertés garantis par la *Charte*. Sans liberté d'expression, il ne peut y avoir ce vif débat sur les politiques et les valeurs qui est sous-jacent au gouvernement participatif. Sans liberté d'expression, des droits peuvent être limités sans recours possible devant le tribunal de l'opinion publique. Or, certaines restrictions imposées à la liberté d'expression peuvent être nécessaires et justifiées et tout à fait compatibles avec une société libre et démocratique. Cependant les restrictions qui touchent au cœur même du débat social et politique appellent un examen particulièrement minutieux en raison des dangers inhérents à toute censure à

to whether the limits are reasonable and justified in a free and democratic society.

A second characteristic peculiar to freedom of expression is that limitations on expression tend to have an effect on expression other than that which is their target. In the United States this is referred to as the chilling effect. Unless the limitation is drafted with great precision, there will always be doubt about whether a particular form of expression offends the prohibition. There will always be limitations inherent in the use of language, but that must not discourage the pursuit of the greatest drafting precision possible. The result of a failure to do so may be to deter not only the expression which the prohibition was aimed at, but legitimate expression. The law-abiding citizen who does not wish to run afoul of the law will decide not to take the chance in a doubtful case. Creativity and the beneficial exchange of ideas will be adversely affected. This chilling effect must be taken into account in performing the balancing required by the analysis under s. 1. It mandates that in weighing the intrusiveness of a limitation on freedom of expression our consideration cannot be confined to those who may ultimately be convicted under the limit, but must extend to those who may be deterred from legitimate expression by uncertainty as to whether they might be convicted.

I make one final point before entering on the specific tests for proportionality proposed in *Oakes*. In determining whether the particular limitation of a right or freedom is justified under s. 1, it is important to consider not only the proportionality and effectiveness of the particular law in question, but alternative ways of furthering the objective. This is particularly important at stages two (minimum impairment) and three (balancing the infringement against the objective) of the proportionality analysis proposed in *Oakes*.

laquelle l'État pourrait soumettre un tel débat. Cela prend une importance particulière sous le régime de l'article premier de la *Charte*, qui exige expressément que le tribunal examine si les restrictions sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Une seconde caractéristique propre à la liberté d'expression est que les restrictions qui lui sont imposées tendent à avoir une incidence sur d'autres expressions que celle visée. C'est ce qu'on appelle aux États-Unis l'effet paralysant. Il y aura toujours des limitations inhérentes à l'utilisation de mots, mais cela ne doit pas empêcher la recherche de la plus grande précision possible dans la rédaction, à défaut de quoi l'interdiction pourrait dissuader non seulement l'expression visée mais également l'expression légitime. Le citoyen respectueux des lois qui ne veut pas commettre d'infraction décidera de ne pas courir le risque dans un cas douteux. La créativité et l'échange bénéfique d'idées en souffriront. Cet effet paralysant doit être pris en considération quand on procède à l'appréciation requise aux fins de l'analyse en vertu de l'article premier. Cela veut dire que dans l'appréciation du caractère envahissant d'une restriction imposée à la liberté d'expression, l'enquête ne peut pas se limiter à ceux qui pourraient finalement être déclarés coupables d'une violation de la restriction, mais doit englober ceux que l'incertitude quant à la possibilité d'être reconnus coupables pourrait dissuader de l'expression légitime.

Je mentionne un dernier point avant d'aborder les critères précis de proportionnalité proposés dans l'arrêt *Oakes*. Pour déterminer si une restriction particulière imposée à un droit ou à une liberté est justifiée aux termes de l'article premier, il importe non seulement de prendre en considération la proportionnalité et l'efficacité de la loi en question, mais aussi d'examiner s'il existe d'autres moyens d'atteindre l'objectif. C'est particulièrement important à la deuxième étape (l'atteinte minimale) et à la troisième étape (l'appréciation de la violation par rapport à l'objectif visé) de l'analyse de la proportionnalité proposée dans l'arrêt *Oakes*.

Against this background, I turn to the three considerations critical to determining whether the limitation on freedom of expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is reasonably and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

(b) Rational Connection

The first question is whether s. 319(2) of the *Criminal Code* may be seen as carefully designed or rationally connected to the objectives which it is aimed at promoting. This may be viewed in two ways.

The first is whether Parliament carefully designed s. 319(2) to meet the objectives it is enacted to promote.

Although some evidence of care in linking s. 319(2) to its objectives is clear, it has been argued that it is overbroad, an allegation which I will consider in greater detail in discussing whether s. 319(2) represents a "minimum impairment" of the right of free speech guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. Nevertheless it is clear that the legislation does, at least at one level, further Parliament's objectives. Prosecutions of individuals for offensive material directed at a particular group may bolster its members' beliefs that they are valued and respected in their community, and that the views of a malicious few do not reflect those of the population as a whole. Such a use of the criminal law may well affirm certain values and priorities which are of a pressing and substantial nature.

It is necessary, however, to go further, and consider not only Parliament's intention, but whether, given the actual effect of the legislation, a rational connection exists between it and its objectives. Legislation designed to promote an objective may in fact impede that objective. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court considered the actual effect of abortion legislation designed to preserve women's life and health and found that it had the opposite effect of the legislative goals by imposing unreasonable procedural requirements and delays. This Court was particularly mindful of the effects that these requirements

Dans ce contexte, je passe aux trois considérations qui sont cruciales pour déterminer si le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

b) Le lien rationnel

La première question est de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* est soigneusement conçu pour atteindre les objectifs qu'il vise ou présente un lien rationnel avec ceux-ci. Il y a deux façons possibles d'aborder cette question.

Le premier consiste à se demander si le législateur fédéral a soigneusement conçu le par. 319(2) pour atteindre les objectifs visés.

Malgré l'existence d'indications claires qu'on a eu soin d'établir un lien entre le par. 319(2) et ses objectifs, on prétend que sa portée est excessive, allégation que j'examinerai plus en détail en traitant de la question de savoir si le par. 319(2) porte «le moins possible» atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Il est clair néanmoins que la loi, sur un plan au moins, contribue au but visé par le Parlement. La poursuite d'individus en raison des déclarations offensantes visant un groupe particulier peut affermir chez les membres de ce groupe la conviction qu'ils sont appréciés et respectés dans leur collectivité et que le point de vue de quelques personnes malveillantes ne reflète pas l'opinion de l'ensemble de la population. Il se peut qu'une telle utilisation du droit criminel permette de consolider certaines valeurs et priorités réelles et importantes.

Il faut toutefois aller plus loin et prendre en considération non seulement l'intention du Parlement, mais se demander également si, compte tenu de l'effet réel de la loi, il existe un lien rationnel entre elle et les objectifs qu'elle vise. Il se peut en fait qu'une mesure législative destinée à atteindre un objectif y fasse obstacle. Dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a examiné l'effet réel de dispositions législatives en matière d'avortement destinées à protéger la vie et la santé des femmes et a conclu qu'en imposant des exigences procédurales et des retards déraisonnables ces mesures avaient l'effet contraire à ce

had in practice of substantially increasing the risks to the health of pregnant women, especially in certain locations. Dickson C.J. treated this in the context of rational connection, stating, "to the extent that s. 251(4) is designed to protect the life and health of women, the procedures it establishes may actually defeat that objective" (pp. 75-76).

This approach recognizes that s. 1 of the *Charter* could easily become diluted if an intention on the part of government to act on behalf of a disadvantaged group sufficed in all cases to establish the necessary rational connection between the legislation and its objective. In some cases the link between the intention of the legislators and the achievement of the goal may be self-evident. In others, there may be doubt about whether the legislation will in fact achieve its ends; in resolving that doubt deference must be paid to the Parliament and the legislatures. But in cases such as *Morgentaler*, where it appears that the legislation not only may fail to achieve its goal but may have a contrary effect, the Court is justified in finding that the rational connection between the measure and the objective is absent. This is only a matter of common sense. How can a measure which takes away a measure of one's constitutional freedom be reasonably and demonstrably justified unless there is some likelihood that it will further the objective upon which its justification rests? Where instead of that probability there is an indication that the measure may in fact detract from the objectives it is designed to promote, the absence of a rational connection between the measure and the objective is clear.

In my view, s. 319(2) of the *Criminal Code* falls in this class of case. Section 319(2) may well have a chilling effect on defensible expression by law-abiding citizens. At the same time, it is far from clear that it provides an effective way of curbing hate-mongers. Indeed, many have suggested it may promote their cause. Prosecutions under the *Criminal Code* for racist expression have attracted extensive media coverage. Zundel, prosecuted not

qu'elles visaient. Notre Cour a tenu particulièrement compte de ce que, dans la pratique, ces exigences avaient pour effet d'augmenter considérablement les risques pour la santé de femmes enceintes, surtout dans certaines localités. Le juge en chef Dickson a traité de ce point dans le contexte du lien rationnel, disant que «dans la mesure où le par. 251(4) est conçu pour la protection de la vie et la santé des femmes, la procédure qu'il établit peut, en fait, mettre cet objectif en échec» (p. 76).

On reconnaît par là que l'article premier de la *Charte* pourrait facilement être affaibli si l'intention du gouvernement d'agir dans l'intérêt d'un groupe défavorisé suffisait dans tous les cas pour établir l'existence du lien rationnel requis entre la mesure législative et son objectif. Dans certains cas, le lien entre l'intention du législateur et la réalisation de l'objet peut être évident. Dans d'autres, on peut douter que la mesure législative atteindra en fait son but; dans la résolution de ce doute, il faut agir avec déférence à l'égard des législateurs fédéral et provinciaux. Toutefois, dans des cas comme l'affaire *Morgentaler*, où il appert non seulement que la mesure législative risque de ne pas atteindre son objet, mais qu'elle peut avoir l'effet opposé, le tribunal est justifié de conclure à l'absence d'un lien rationnel entre la mesure et l'objectif. C'est une simple question de bon sens. En effet, comment une mesure qui est jusqu'à un certain point privative d'une liberté conférée par la Constitution peut-elle être raisonnable et justifiable sans quelque probabilité qu'elle permettra d'atteindre l'objectif sur lequel repose sa justification? Lorsque, au lieu de cette probabilité, il y a lieu de croire que la mesure peut en fait aller à l'encontre des objectifs visés, l'absence de lien rationnel entre la mesure et l'objectif est évidente.

À mon avis, le par. 319(2) du *Code criminel* tombe dans cette dernière catégorie. Il se peut bien que le par. 319(2) ait un effet paralysant sur l'expression défendable de citoyens respectueux des lois. En même temps, il est loin d'être certain qu'il représente un moyen efficace de tenir en bride les fomentateurs de haine. En fait, beaucoup prétendent que cette disposition pourrait aider leur cause. Les médias ont fait beaucoup de tapage

under s. 319(2) but for the crime of spreading false news (s. 181), claimed that his court battle had given him “a million dollars worth of publicity”: *Globe and Mail*, March 1, 1985, p. P1. There is an unmistakable hint of the joy of martyrdom in some of the literature for which Andrews, in the companion appeal, was prosecuted:

The Holocaust Hoax has been so ingrained in the minds of the hated “goyim” by now that in some countries . . . challenging its validity can land you in jail.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, at p. 165 (C.A.).)

Not only does the criminal process confer on the accused publicity for his dubious causes—it may even bring him sympathy. The criminal process is cast as a conflict between the accused and the state, a conflict in which the accused may appear at his most sympathetic. Franz Kafka was not being entirely whimsical when he wrote, “If you have the right eye for these things, you can see that accused men are often attractive” (*The Trial* (1976), at p. 203).

The argument that criminal prosecutions for this kind of expression will reduce racism and foster multiculturalism depends on the assumption that some listeners are gullible enough to believe the expression if exposed to it. But if this assumption is valid, these listeners might be just as likely to believe that there must be some truth in the racist expression because the government is trying to suppress it. Theories of a grand conspiracy between government and elements of society wrongly perceived as malevolent can become all too appealing if government dignifies them by completely suppressing their utterance. It is therefore not surprising that the criminalization of hate propaganda and prosecutions under such legislation have been subject to so much controversy in this country.

autour des poursuites intentées en vertu du *Code criminel* pour des déclarations racistes. Zundel, poursuivi non pas en vertu du par. 319(2) mais pour le crime de diffusion de fausses nouvelles (art. 181), prétendait que son procès lui avait procuré [TRADUCTION] «un million de dollars de publicité»: *Globe and Mail*, 1^{er} mars 1985, p. P1. Certains des écrits qui ont donné lieu aux poursuites en cause dans le pourvoi connexe *Andrews* laissent transparaître un soupçon de joie du martyre:

[TRADUCTION] Le mensonge de l’holocauste est maintenant gravé si profondément dans l’esprit des détestés «goyim», que dans certains pays [...] le fait de le contester peut entraîner une peine d’emprisonnement.

(*R. v. Andrews* (1988), 65 O.R. (2d) 161, à la p. 165 (C.A.).)

Non seulement le processus criminel fournit à l’accusé de la publicité pour ses causes douteuses, mais il peut aussi lui attirer de la sympathie. Le processus criminel est présenté comme un conflit entre l’accusé et l’État, conflit dans lequel l’accusé peut paraître sous son jour le plus sympathique. Cette remarque de Franz Kafka n’était pas totalement fantaisiste: «Quand on sait voir, on trouve réellement que tous les accusés sont beaux» (*Le procès* (1964), à la p. 248).

L’argument selon lequel les poursuites criminelles contre ce type d’expression réduiront le racisme et favoriseront le multiculturalisme suppose que certains auditeurs sont assez crédules pour ajouter foi aux propos en question s’ils en prennent connaissance. Mais si l’hypothèse est valable, il est peut-être tout aussi probable que ces auditeurs croiront qu’il y a du vrai dans l’expression raciste puisque le gouvernement essaie de la supprimer. Des théories sur l’existence d’un grand complot entre le gouvernement et certains éléments de la société, perçus à tort comme malveillants, peuvent devenir attrayantes si le gouvernement les valorise en interdisant totalement leur expression. Il n’y a donc rien d’étonnant à ce que la criminalisation de la propagande haineuse et l’exercice de poursuites en vertu des dispositions législatives à cet effet aient soulevé une si vive controverse au Canada.

Historical evidence also gives reason to be suspicious of the claim that hate propaganda laws contribute to the cause of multiculturalism and equality. This evidence is summarized by A. A. Borovoy, *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), at p. 50:

Remarkably, pre-Hitler Germany had laws very much like the Canadian anti-hate law. Moreover, those laws were enforced with some vigour. During the fifteen years before Hitler came to power, there were more than two hundred prosecutions based on anti-semitic speech. And, in the opinion of the leading Jewish organization of that era, no more than 10 per cent of the cases were mishandled by the authorities. As subsequent history so painfully testifies, this type of legislation proved ineffectual on the one occasion when there was a real argument for it. Indeed, there is some indication that the Nazis of pre-Hitler Germany shrewdly exploited their criminal trials in order to increase the size of their constituency. They used the trials as platforms to propagate their message.

Viewed from the point of view of actual effect, the rational connection between s. 319(2) and the goals it promotes may be argued to be tenuous. Certainly it cannot be said that there is a strong and evident connection between the criminalization of hate propaganda and its suppression.

(c) Minimum Impairment

The second matter which must be considered in determining whether the infringement represented by the legislation is proportionate to its ends is whether the legislation impairs the right to the minimum extent possible.

Those supporting s. 319(2) of the *Criminal Code* point to the fact that it applies only to wilful promotion of hatred, and not to promotion of any lesser emotion. Hatred, they argue, is the most extreme and reprehensible of human emotions. They also point out that s. 319(2) provides a number of defences, including the truth of the statements made, discussion for public benefit of a subject of public importance (provided the statements were believed to be true on reasonable grounds), and good faith opinion on a religious subject. They add that s. 319(2) does no more than

On trouve aussi dans l'Histoire des raisons de juger avec suspicion l'assertion que les lois relatives à la propagande haineuse servent la cause du multiculturalisme et de l'égalité. Cette preuve est résumée par A. A. Borovoy dans *When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties* (1988), à la p. 50:

[TRADUCTION] Fait remarquable, l'Allemagne préhitlérienne avait des lois fort semblables à la loi canadienne contre la haine. Ces lois ont en outre été appliquées assez énergiquement. Au cours des quinze années qui ont précédé l'accession d'Hitler au pouvoir, il y a eu plus de deux cents poursuites pour propos antisémites. Et, de l'avis du principal organisme juif de l'époque, dix pour cent de ces causes tout au plus ont souffert de l'incurie des autorités. Or, comme en témoigne si douloureusement l'histoire subséquente, ce genre de législation s'est avérée inefficace précisément là où elle était réellement indiquée. En fait, il y a lieu de croire que les nazis de l'Allemagne préhitlérienne ont su exploiter judicieusement leurs procès criminels afin de grossir le nombre de leurs partisans. Ils se servaient des procès comme tribunes pour la propagation de leur message.

Du point de vue de l'effet réel, on peut prétendre que le lien rationnel entre le par. 319(2) et les objets qu'il vise est ténu. Certes, on ne saurait affirmer l'existence d'un lien fort et évident entre la criminalisation de la propagande haineuse et son élimination.

c) L'atteinte minimale

La deuxième question à aborder pour déterminer si la violation que constituent les dispositions législatives en cause est proportionnée à l'objet qu'elles visent, est celle de l'atteinte minimale au droit en question.

Ceux qui plaident en faveur du par. 319(2) du *Code criminel* insistent sur le fait qu'il ne s'applique qu'à la fomentation volontaire de la haine et ne vise pas l'incitation à des émotions moins fortes. La haine, soutiennent-ils, est à la fois la plus extrême et la plus répréhensible des émotions humaines. Ils soulignent en outre que le par. 319(2) prévoit plusieurs moyens de défense, dont la véracité des déclarations, l'examen dans l'intérêt du public d'une question d'intérêt public (pourvu qu'il y ait eu des motifs raisonnables de croire que les déclarations étaient vraies), et l'expression de

fulfil Canada's international obligations and that similar provisions apply in other western democracies.

Those who maintain the unconstitutionality of s. 319(2) argue that the subjective emotion of hatred is overbroad and vague, that judges and juries will convict only if the speech is unpopular, and that there may be criminal liability even if not a single person was moved to any emotion, hatred or otherwise, by the statement. Moreover, the fact that the accused has the burden of proving the truth of his statement means that convictions may result even for true statements.

Two questions are pertinent to the inquiry into whether s. 319(2) impairs freedom of expression as little as possible. The first is whether s. 319(2) is drafted too broadly, catching more expressive conduct than can be justified by the objectives of promoting social harmony and individual dignity. The second is whether criminalization of hate mongering may in itself be an excessive response to the problem, given the alternatives. I will deal with each in turn.

Despite the limitations found in s. 319(2), a strong case can be made that it is overbroad in that its definition of offending speech may catch many expressions which should be protected.

The first difficulty lies in the different interpretations which may be placed on the word "hatred". The *Shorter Oxford English Dictionary* defines "hatred" as: "The condition or state of relations in which one person hates another; the emotion of hate; active dislike, detestation; enmity, ill-will, malevolence." The wide range of diverse emotions which the word "hatred" is capable of denoting is evident from this definition. Those who defend its use in s. 319(2) of the *Criminal Code* emphasize one end of this range—hatred, they say, indicates

bonne foi d'une opinion sur un sujet religieux. Ils affirment également que le par. 319(2) ne fait que remplir les obligations internationales du Canada et qu'il existe des dispositions analogues dans d'autres démocraties occidentales.

Les tenants de l'inconstitutionnalité du par. 319(2) font valoir que l'émotion subjective qu'est la haine est une notion de portée excessive et vague, que les juges et les jurys prononceront des verdicts de culpabilité quand l'expression est seulement impopulaire, et qu'il peut y avoir responsabilité criminelle même si la déclaration n'a incité personne à la haine ou à quelque autre émotion. D'autre part, le fait que le fardeau de prouver la véracité de sa déclaration incombe à l'accusé veut dire que même des déclarations vraies peuvent entraîner des déclarations de culpabilité.

Deux questions sont pertinentes pour déterminer si le par. 319(2) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression. La première est de savoir si le par. 319(2) est rédigé dans des termes trop larges de manière à englober plus de conduites expressives que ne le justifie l'objectif de la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle. La seconde est de savoir si la criminalisation de la fomentation de la haine peut constituer en soi une réaction excessive au problème, compte tenu des autres possibilités dont on dispose. J'aborderai tout à tour chacune de ces questions.

Malgré les restrictions que comporte le par. 319(2), on peut soutenir avec des arguments puissants que sa portée est trop large en ce que sa définition de l'expression illicite peut atteindre de nombreuses expressions qui devraient être protégées.

La première difficulté est celle que pose les différentes acceptions possibles du mot «haine». Le *Shorter Oxford English Dictionary* définit la «haine» comme: [TRADUCTION] «La situation ou l'état de relations où une personne en hait une autre; l'émotion de haine; antipathie active, détestation; hostilité, inimitié, malveillance.» Cette définition fait ressortir nettement la vaste gamme d'émotions diverses que peut dénoter le mot «haine». Ceux qui défendent son emploi au par. 319(2) du *Code criminel* soulignent un extrême de

the most powerful of virulent emotions lying beyond the bounds of human decency and limiting s. 319(2) to extreme materials. Those who object to its use point to the other end of the range, insisting that “active dislike” is not an emotion for the promotion of which a person should be convicted as a criminal. To state the arguments is to make the case; “hatred” is a broad term capable of catching a wide variety of emotion.

It is not only the breadth of the term “hatred” which presents dangers; it is its subjectivity. “Hatred” is proved by inference—the inference of the jury or the judge who sits as trier of fact—and inferences are more likely to be drawn when the speech is unpopular. The subjective and emotional nature of the concept of promoting hatred compounds the difficulty of ensuring that only cases meriting prosecution are pursued and that only those whose conduct is calculated to dissolve the social bonds of society are convicted.

But “hatred” does not stand alone. To convict, it must have been “wilfully promote[d]”. Does this requirement sufficiently constrain the term to meet the claim that s. 319(2) is overbroad?

In *R. v. Buzzanga and Durocher, supra*, the Ontario Court of Appeal held that the requirement of “wilful promotion” may be satisfied in either of two ways: (1) by proof of intention or conscious purpose of promoting hatred; or (2) by proof that the accused foresaw that the promotion of hatred against an identifiable group is certain, or “morally certain”, to result from the communication.

It is argued that the requirement of “wilful promotion” eliminates from the ambit of s. 319(2) statements which are made for honest purposes such as telling a perceived truth or contributing to a political or social debate. The difficulty with this argument is that those purposes are compatible with the intention (or presumed intention by

cette gamme—le terme haine, selon eux, désigne la plus puissante des émotions virulentes, qui dépasse les bornes de la décence humaine et qui limite en conséquence l’application du par. 319(2) aux cas extrêmes. Ceux qui s’opposent à son utilisation mettent l’accent sur l’autre extrême de la gamme et insistent sur le fait qu’une «antipathie active» n’est pas une émotion dont la fomentation devrait entraîner la répression criminelle. Ces arguments prouvent d’eux-mêmes que le mot «haine» a une large portée susceptible d’englober une grande diversité d’émotions.

Il n’y a pas que la vaste portée du terme «haine» qui présente des dangers; il y a aussi sa subjectivité. La «haine» est prouvée par inférence — l’inférence du jury ou du juge siégeant en tant que juge des faits—et des inférences sont plus probables lorsqu’il s’agit de propos impopulaires. La nature subjective et émotive du concept de la fomentation de la haine accroît la difficulté qu’il y a à assurer que seuls donnent lieu à des poursuites les cas où elles sont justifiées et que seules sont reconnues coupables les personnes dont la conduite vise à dissoudre les liens sociaux.

Mais la «haine» ne doit pas être considérée isolément. Pour être condamnable, elle doit avoir été «foment[ée] volontairement». Cette exigence limite-t-elle suffisamment le terme en question pour réfuter l’argument que la portée du par. 319(2) est excessive?

Dans l’arrêt *R. v. Buzzanga and Durocher*, précité, la Cour d’appel de l’Ontario a dit que l’exigence de la «fomentation volontaire» peut être remplie de l’une de deux façons: (1) par la preuve de l’intention ou du but conscient de fomenter la haine; ou (2) par la preuve que l’accusé a prévu que la fomentation de la haine contre un groupe identifiable est la conséquence certaine ou «moralement certaine» de la communication en cause.

On soutient que l’exigence de la «fomentation volontaire» fait échapper à l’application du par. 319(2) les déclarations faites dans des buts légitimes, par exemple, dire ce que l’on considère comme la vérité ou participer à un débat politique ou social. Le problème avec cet argument tient à ce que ces objets sont compatibles avec l’intention

reason of foreseeability) of promoting hatred. A belief that what one says about a group is true and important to political and social debate is quite compatible with and indeed may inspire an intention to promote active dislike of that group. Such a belief is equally compatible with foreseeing that promotion of such dislike may stem from one's statements. The result is that people who make statements primarily for non-nefarious reasons may be convicted of wilfully promoting hatred.

The absence of any requirement that actual harm or incitement to hatred be shown further broadens the scope of s. 319(2) of the *Criminal Code*. This, in the view of the Court of Appeal, was the section's main defect. In effect, the provision makes a crime not only of actually inciting others to hatred, but also of attempting to do so. The Court of Appeal accepted the argument that this made the crime, at least potentially, a victimless one. In the view of Kerans J.A., while a prohibition on expression that actually spread hatred would be justified, a prohibition on attempts to spread hatred was not.

Though I regard this breadth as a relevant factor, I would be hesitant to treat it as constitutionally determinative. To view hate propaganda as "victimless" in the absence of any proof that it moved its listeners to hatred is to discount the wrenching impact that it may have on members of the target group themselves. For Jews, many of whom have personally been touched by the terrible consequences of the degeneration of a seemingly civilized society into unparalleled barbarism, statements such as Keegstra's may raise very real fears of history repeating itself. Moreover, it is simply not possible to assess with any precision the effects that expression of a particular message will have on all those who are ultimately exposed to it. The process of "proving" that listeners were moved to hatred has a fictitious air about it. These considerations undermine the notion that we can draw a bright line between provisions which are justifiable

(ou la présumée intention en raison de la prévisibilité) de fomenter la haine. La conviction que ce qu'on dit au sujet d'un certain groupe est vrai et constitue un apport important à un débat politique et social est en effet parfaitement conciliable avec l'intention de fomenter une antipathie active contre ce groupe et peut même inspirer cette intention. Une telle conviction est tout aussi compatible avec la prévision que les déclarations pourront avoir pour conséquence de fomenter cette antipathie. Il en résulte que des personnes qui font des déclarations surtout pour des raisons qui n'ont aucun caractère répréhensible risquent d'être déclarées coupables de fomentation volontaire de la haine.

L'absence de toute obligation de démontrer qu'il y a réellement eu préjudice ou incitation à la haine élargit davantage la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. Tel était, de l'avis de la Cour d'appel, son vice principal. En réalité, cette disposition érige en crime non seulement le fait d'inciter effectivement à la haine mais aussi de tenter de le faire. La Cour d'appel a retenu l'argument que ces crimes étaient, du moins potentiellement, des crimes sans victimes. De l'avis du juge Kerans, si l'interdiction de l'expression qui propage réellement la haine est justifiée, l'interdiction de tentatives de propager la haine ne l'est pas.

Quoique considérant cette largeur de portée comme un facteur pertinent, j'hésiterais à la juger déterminante sur le plan constitutionnel. Dire que la propagande haineuse «ne fait pas de victime» quand il n'est pas prouvé qu'elle a incité ses destinataires à la haine c'est faire abstraction de l'effet déchirant qu'elle peut avoir sur les membres du groupe cible eux-mêmes. Chez les juifs, nombre desquels ont été personnellement touchés par les conséquences terribles de la dégénérescence d'une société apparemment civilisée vers une barbarie sans parallèle, des déclarations comme celles de Keegstra peuvent faire naître des craintes très réelles que l'Histoire se répète. Par ailleurs, il n'est simplement pas possible de déterminer avec exactitude les effets que l'expression d'un message donné aura sur tous ceux qui finiront par l'entendre. Le processus qui consiste à «prouver» que les auditeurs ont été incités à la haine a quelque chose d'irréel.

because they require proof that hatred actually resulted, and provisions which are unjustifiable because they require only an intent to promote hatred.

The breadth of s. 319(2) is narrowed somewhat by the defences. Statements made in good faith on religious subjects and statements on matters of public interest which the accused reasonably believed to be true, as well as statements made for the purpose of removing hatred, are exempted.

Quite apart from the fact that the onus lies on the accused to prove these defences, it is far from clear that in practice they significantly narrow the ambit of s. 319(2) of the *Criminal Code*. The most important defence is truth—if the accused establishes that his statements are true, s. 319(2) is not violated. On the other hand, as already mentioned, conviction may result for true statements given that the onus of proof lies on the accused. Moreover, the concepts of “truth” and “reasonable belief in truth” may not always be applicable. Statements of opinion may be incapable of being classified as true or false, communicating not facts so much as sentiments and beliefs. Polemic statements frequently do not lend themselves to proof of truth or falsity. As for the defence of reasonable belief, how is a court to evaluate the reasonableness of diverse theories, political or otherwise? The defence of statements in the public interest poses similar problems. How is a court to determine what is in the public interest, given the wide range of views which may be held on matters potentially caught by s. 319(2)?

Not only is the category of speech caught by s. 319(2) defined broadly. The application of the definition of offending speech, i.e., the circum-

Ces considérations mettent en doute la notion que nous pouvons tirer une ligne de démarcation très nette entre les dispositions qui sont justifiables parce qu’elles exigent la preuve que la haine a réellement été provoquée et celles qui sont injustifiables parce qu’elles n’exigent que l’intention de fomenter la haine.

Les moyens de défense viennent restreindre dans une certaine mesure la portée du par. 319(2). Y échappent les déclarations faites de bonne foi sur des sujets religieux et les déclarations concernant des questions d’intérêt public que l’accusé, pour des motifs raisonnables, croyait vraies, ainsi que les déclarations faites dans le but de supprimer la haine.

Indépendamment du fait que c’est à l’accusé qu’il incombe d’établir chacun de ces moyens de défense, il est loin d’être évident que, dans la pratique, ils limitent sensiblement la portée du par. 319(2) du *Code criminel*. La défense la plus importante est celle de la véracité—si l’accusé prouve que ses déclarations sont vraies, il n’y a pas de violation du par. 319(2). Par ailleurs, comme je l’ai déjà fait remarquer, l’accusé peut être reconnu coupable pour des déclarations vraies, étant donné que c’est à lui qu’incombe le fardeau de la preuve. De plus, les concepts de «véracité» et de «croyance raisonnable à la véracité» ne s’appliqueront peut-être pas dans tous les cas. Il peut en effet être impossible de qualifier de vraies ou de fausses des déclarations d’opinion puisqu’elles ne communiquent pas tant des faits que des sentiments et des croyances. Souvent les déclarations polémiques ne se prêtent pas à la démonstration de leur véracité ou de leur fausseté. Pour ce qui est de la défense de la croyance raisonnable, comment un tribunal doit-il évaluer le caractère raisonnable de diverses théories, politiques ou autres? La défense relative aux déclarations faites dans l’intérêt public pose des problèmes analogues. Comment un tribunal doit-il déterminer ce qui est dans l’intérêt public vu la vaste gamme d’opinions pouvant exister sur des questions auxquelles pourrait s’appliquer le par. 319(2)?

Non seulement la définition de la catégorie d’expression visée par le par. 319(2) est large, mais l’application de la définition de l’expression illicite,

stances in which the offending statements are prohibited, is virtually unlimited. Only private conversations are exempt from state scrutiny. Section 319(2) is calculated to prevent absolutely expression of the offending ideas in any and all public forums through any and all mediums. Speeches are caught. The corner soap-box is no longer open. Books, films and works of art—all these fall under the censor's scrutiny because of s. 319(2) of the *Criminal Code*.

The real answer to the debate about whether s. 319(2) is overbroad is provided by the section's track record. Although the section is of relatively recent origin, it has provoked many questionable actions on the part of the authorities. There have been no reported convictions, other than the instant appeals. But the record amply demonstrates that intemperate statements about identifiable groups, particularly if they represent an unpopular viewpoint, may attract state involvement or calls for police action. Novels such as Leon Uris' pro-Zionist novel, *The Haj*, face calls for banning: *Toronto Star*, September 26, 1984, p. A6. Other works, such as Salman Rushdie's *Satanic Verses*, are stopped at the border on the ground that they violate s. 319(2). Films may be temporarily kept out, as happened to a film entitled *Nelson Mandela*, ordered as an educational film by Ryerson Polytechnical Institute in 1986: *Globe and Mail*, December 24, 1986, p. A14. Arrests are even made for distributing pamphlets containing the words "Yankee Go Home": *Globe and Mail*, July 4, 1975, p. 1. Experience shows that many cases are winnowed out due to prosecutorial discretion and other factors. It shows equally, however, that initially quite a lot of speech is caught by s. 319(2).

Even where investigations are not initiated or prosecutions pursued, the vagueness and subjectivity inherent in s. 319(2) of the *Criminal Code* give ground for concern that the chilling effect of the law may be substantial. The more vague the

c.-à-d. les circonstances dans lesquelles les déclarations offensantes sont interdites, est presque illimitée. Seules sont à l'abri de l'examen de l'État les conversations privées. Le paragraphe 319(2) a pour objet l'interdiction absolue de l'expression d'idées offensantes dans tout endroit public par quelque moyen que ce soit. Les discours sont visés. Les orateurs de carrefour sont réduits au silence. Livres, films, œuvres d'art—tout est soumis à l'examen du censeur en raison du par. 319(2) du *Code criminel*.

La véritable réponse au débat sur la portée excessive du par. 319(2) se dégage des antécédents de cette disposition. Bien que relativement récent, ce paragraphe a donné lieu à de nombreuses actions contestables de la part des autorités. À l'exception des présentes affaires, aucune déclaration de culpabilité n'est constatée dans les recueils de jurisprudence. Mais il ressort nettement du dossier que des déclarations outrancières au sujet de groupes identifiables, particulièrement si elles représentent un point de vue impopulaire, peuvent provoquer l'intervention de l'État ou des appels à l'action policière. On demande l'interdiction de romans tels que *Le Haj*, roman pro-sioniste de Léon Uris: *Toronto Star*, 26 septembre 1984, p. A6. D'autres ouvrages, notamment *Les versets sataniques* de Salman Rushdie, ne peuvent entrer au Canada pour le motif qu'ils enfreignent le par. 319(2). Des films peuvent être temporairement exclus, comme cela est arrivé au film *Nelson Mandela*, commandé pour des fins éducatives par le Ryerson Polytechnical Institute en 1986: *Globe and Mail*, 24 décembre 1986, p. A14. On procède même à des arrestations pour la distribution de tracts contenant les mots «Yankee Go Home»: *Globe and Mail*, 4 juillet 1975, p. 1. L'expérience révèle que bien des cas ont été écartés par l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public et grâce à d'autres facteurs. Elle révèle également, toutefois, qu'au départ le par. 319(2) s'applique à beaucoup de sortes d'expressions.

Même dans les cas où aucune enquête n'est lancée ni aucune poursuite engagée, l'imprécision et la subjectivité inhérentes au par. 319(2) du *Code criminel* justifient la crainte que l'effet paralysant de cette disposition soit considérable. Plus la

language of the prohibition, the greater the danger that right-minded citizens may curtail the range of their expression against the possibility that they may run afoul of the law. The danger here is not so much that the legislation will deter those bent on promoting hatred—in so far as it does so (and of this I remain skeptical) it is arguably not overbroad. The danger is rather that the legislation may have a chilling effect on legitimate activities important to our society by subjecting innocent persons to constraints born out of a fear of the criminal process. Given the vagueness of the prohibition of expression in s. 319(2), one may ask how speakers are to know when their speech may be seen as encroaching on the forbidden area. The reaction is predictable. The combination of overbreadth and criminalization may well lead people desirous of avoiding even the slightest brush with the criminal law to protect themselves in the best way they can—by confining their expression to non-controversial matters. Novelists may steer clear of controversial characterizations of ethnic characteristics, such as Shakespeare's portrayal of Shylock in *The Merchant of Venice*. Scientists may well think twice before researching and publishing results of research suggesting difference between ethnic or racial groups. Given the serious consequences of criminal prosecution, it is not entirely speculative to suppose that even political debate on crucial issues such as immigration, educational language rights, foreign ownership and trade may be tempered. These matters go to the heart of the traditional justifications for protecting freedom of expression.

This brings me to the second aspect of minimum impairment. The examples I have just given suggest that the very fact of criminalization itself may be argued to represent an excessive response to the problem of hate propagation. The procedures and sanctions associated with the criminal law are

formulation de l'interdiction est imprécise, plus le danger est grand que des citoyens bien-pensants ne limitent l'étendue de leur expression afin de ne pas courir le risque de contrevenir à la loi. Le danger dont il s'agit ici n'est pas tant que les dispositions législatives en cause serviront à dissuader ceux qui ont la ferme intention de fomenter la haine—pour autant que tel soit leur effet (ce sur quoi je demeure sceptique) leur portée n'est peut-être pas excessive. Le danger est plutôt que ces dispositions législatives aient un effet paralysant sur des activités légitimes qui sont importantes pour notre société en soumettant des personnes innocentes à des contraintes nées de la peur du processus criminel. Étant donné l'imprécision de l'interdiction de l'expression au par. 319(2), on peut se demander comment ceux qui s'expriment vont savoir quand leurs propos pourront être considérés comme entrant dans le domaine interdit. La réaction est prévisible. La combinaison de la portée excessive et de la criminalisation pourrait amener des gens désireux d'éviter même le moindre démêlé avec la justice criminelle à se protéger du mieux qu'ils peuvent—en limitant leur expression à des sujets non controversés. Les romanciers pourraient se tenir loin d'évocations controversées de caractéristiques ethniques, telles que la représentation de Shylock par Shakespeare dans *Le Marchand de Venise*. Les scientifiques pourraient hésiter à entreprendre des recherches tendant à établir l'existence de différences entre des groupes ethniques ou raciaux et à publier les résultats de telles recherches. Vu la gravité des conséquences de poursuites criminelles, ce n'est pas pure conjecture de supposer qu'un frein pourrait être mis même aux débats politiques sur des questions vitales comme l'immigration, les droits linguistiques en matière d'enseignement, la propriété étrangère d'entreprises et le commerce. Ce sont là des questions qui touchent au cœur des justifications traditionnelles de la protection de la liberté d'expression.

Voilà qui m'amène au deuxième aspect de l'atteinte minimale. Les exemples que je viens de mentionner permettent de penser que le fait même de la criminalisation représente une réaction excessive au problème de la propagation de la haine. Les procédures et les sanctions du droit criminel

comparatively severe. Given the stigma that attaches and the freedom which is at stake, the contest between the individual and the state imposed by a criminal trial must be regarded as difficult and harrowing in the extreme. The seriousness of the imprisonment which may follow conviction requires no comment. Moreover, the chilling effect of prohibitions on expression is at its most severe where they are effected by means of the criminal law. It is this branch of the law more than any other which the ordinary, law-abiding citizen seeks to avoid. The additional sanction of the criminal law may pose little deterrent to a convinced hate-monger who may welcome the publicity it brings; it may, however, deter the ordinary individual.

Moreover, it is arguable whether criminalization of expression calculated to promote racial hatred is necessary. Other remedies are perhaps more appropriate and more effective. Discrimination on grounds of race and religion is worthy of suppression. Human rights legislation, focusing on reparation rather than punishment, has had considerable success in discouraging such conduct. This is the conclusion of Borovoy, *op. cit.*, at pp. 221-25. After noting the emphasis in human rights codes on amendment of conduct and their general success in effecting settlements before hearing, Borovoy addresses the suggestion that "racial discriminators be prosecuted or sued without having any opportunity to make amends" (p. 223). He concludes that criminal prosecution is not only unnecessary, but may be counterproductive. It is unnecessary because proceedings under the human rights codes show strong success in achieving their essential purpose, the curtailment of discrimination. It may be counterproductive in that: (1) racial discriminators threatened with prosecution may have little or no incentive to cooperate with human rights boards and voluntarily amend their conduct (p. 223); and (2) it leaves open the argument that "where a prosecutorial remedy exists, the state is obliged to adopt such a route first" (p. 225), thereby eliminating the possibility of voluntary amendment of conduct. For these reasons, Borovoy concludes that: "[a]part from collateral

sont comparativement sévères. Compte tenu des stigmates qui en résultent et de la liberté qui est en jeu, la lutte entre le particulier et l'État que représente le procès criminel doit être considérée comme extrêmement difficile et pénible. La gravité de la peine d'emprisonnement que peut entraîner une déclaration de culpabilité se passe de commentaires. En outre, l'effet paralysant des interdictions frappant l'expression est le plus prononcé lorsqu'on recourt au droit criminel pour les imposer. C'est en effet cet aspect de la loi plus que tout autre que cherche à éviter le citoyen ordinaire, respectueux des lois. La sanction supplémentaire du droit criminel peut n'avoir qu'un faible effet dissuasif sur un fomentateur convaincu de la haine, qui pourra d'ailleurs se réjouir de la publicité qu'elle lui procure; elle pourrait toutefois dissuader le citoyen ordinaire.

On peut aussi se demander si la criminalisation de l'expression destinée à fomenter la haine raciale est nécessaire. Il est possible en effet que d'autres recours conviennent mieux et soient plus efficaces. La discrimination fondée sur la race et la religion mérite d'être supprimée. Les lois en matière de droits de la personne, qui mettent l'accent sur la réparation plutôt que sur le châtement, ont pu, avec un succès considérable, décourager ce genre de conduite. C'est ce que conclut Borovoy, *op. cit.*, aux pp. 221 à 225. Ayant fait remarquer que les codes des droits de la personne mettent l'accent sur l'amélioration de la conduite et que, sous leur régime, il est généralement possible de parvenir à des règlements avant l'audience, Borovoy traite de la proposition que [TRADUCTION] «ceux qui pratiquent la discrimination raciale soient poursuivis sans possibilité de s'amender» (p. 223). Il conclut que non seulement les poursuites criminelles ne sont pas nécessaires, mais que leur effet peut être contraire à celui souhaité. Elles ne sont pas nécessaires parce que les procédures engagées en vertu des codes des droits de la personne réussissent dans une large mesure à atteindre leur objet essentiel, soit la réduction de la discrimination. Leur effet peut être contraire à celui recherché en ce sens (1) que les personnes qui pratiquent la discrimination raciale et qui sont menacées de poursuites n'auront peut-être que peu ou pas d'intérêt à prêter leur concours aux commissions des droits de la per-

matters such as obstructing complaint investigations, the criminal process can safely be eliminated from human rights matters" (p. 225).

It is true that the focus of most human rights legislation is acts rather than words. But if it is inappropriate and ineffective to criminalize discriminatory conduct, it must necessarily be unjustifiable to criminalize discriminatory expression falling short of conduct.

Finally, it can be argued that greater precision is required in the criminal law than, for example, in human rights legislation because of the different character of the two types of proceedings. The consequences of alleging a violation of s. 319(2) of the *Criminal Code* are direct and serious in the extreme. Under the human rights process a tribunal has considerable discretion in determining what messages or conduct should be banned and by its order may indicate more precisely their exact nature, all of which occurs before any consequences inure to the alleged violator.

In summary, s. 319(2) of the *Criminal Code* catches a broad range of speech and prohibits it in a broad manner, allowing only private conversations to escape scrutiny. Moreover, the process by which the prohibition is effected—the criminal law—is the severest our society can impose and is arguably unnecessary given the availability of alternate remedies. I conclude that the criminalization of hate statements does not impair free speech to the minimum extent permitted by its objectives.

sonne en changeant volontairement leur comportement (p. 223); et (2) qu'elles ouvrent la voie à l'argument selon lequel [TRADUCTION] «quand l'exercice de poursuites criminelles est prévu, l'État est tenu de recourir en premier lieu à ce moyen» (p. 225), ce qui écarte d'emblée la possibilité d'une amélioration volontaire de la conduite. Pour ces raisons, Borovoy conclut que: [TRADUCTION] «[m]ises à part les questions accessoires comme celle de l'entrave à l'enquête sur une plainte, on peut sans inconvénient éliminer le processus criminel du domaine des droits de la personne» (p. 225).

Il est vrai que la plupart des lois sur les droits de la personne sont axées sur les actes plutôt que les paroles. Mais s'il est peu approprié et inefficace de criminaliser la conduite discriminatoire, la criminalisation de l'expression discriminatoire qui ne constitue pas une conduite est forcément injustifiable.

Finalement, on peut soutenir que le droit criminel commande une plus grande précision que, par exemple, la législation en matière de droits de la personne, et ce, en raison de la nature différente des procédures dans les deux cas. Les conséquences de l'allégation d'une violation du par. 319(2) du *Code criminel* sont directes et extrêmement graves. Dans le processus suivi dans le domaine des droits de la personne, le tribunal jouit d'un large pouvoir discrétionnaire pour déterminer quels messages ou quelles conduites devraient être interdits et il peut, dans son ordonnance en préciser davantage la nature, tout cela avant que le contrevenant ne subisse quelque conséquence.

En résumé, le par. 319(2) du *Code criminel* vise une large gamme d'expressions qu'il interdit globalement, ne faisant échapper à l'examen que les conversations privées. De plus, le processus de mise en œuvre de l'interdiction—le droit criminel—est le plus sévère que notre société puisse imposer et sans être nécessairement indispensable étant donné l'existence d'autres recours. Je conclus que, compte tenu de ses objectifs, la criminalisation des déclarations haineuses ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression.

(d) Importance of the Right versus Benefit
Conferred

The third consideration in determining whether the infringement represented by the legislation is proportionate to the ends is the balance between the importance of the infringement of the right in question and the benefit conferred by the legislation. The analysis is essentially a cost-benefit analysis. On the one hand, how significant is the infringement of the fundamental right or freedom in question? On the other hand, how significant is the benefit conferred by the impugned legislation? Weighing these countervailing considerations, has the state met the burden upon it of establishing that the limit on the constitutionally guaranteed freedom or right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society?

I deal first with the significance of the infringement of the constitutionally guaranteed freedom at issue in this case. Viewed from the perspective of our society as a whole, the infringement of the guarantee of freedom of expression before this Court is a serious one. Section 319(2) of the *Criminal Code* does not merely regulate the form or tone of expression—it strikes directly at its content and at the viewpoints of individuals. It strikes, moreover, at viewpoints in widely diverse domains, whether artistic, social or political. It is capable of catching not only statements like those at issue in this case, but works of art and the intemperate statement made in the heat of social controversy. While few may actually be prosecuted to conviction under s. 319(2), many fall within the shadow of its broad prohibition. These dangers are exacerbated by the fact that s. 319(2) applies to all public expression. In short, the limitation on freedom of expression created by s. 319(2) of the *Criminal Code* invokes all of the values upon which s. 2(b) of the *Charter* rests—the value of fostering a vibrant and creative society through the marketplace of ideas; the value of the vigorous and open debate essential to democratic government and preservation of our rights and freedoms;

d) L'importance relative du droit et de
l'avantage conféré

Le troisième point à considérer pour déterminer si la violation résultant des dispositions législatives en cause est proportionnée aux buts visés est l'importance relative de la violation du droit en question par rapport à l'avantage conféré par ces dispositions législatives. Il s'agit essentiellement d'une analyse coûts-avantages. D'une part, quelle est la gravité de la violation du droit fondamental ou de la liberté fondamentale en question? D'autre part, quelle est l'importance de l'avantage conféré par les dispositions attaquées? En soupesant ces considérations opposées, l'État s'est-il acquitté de l'obligation qui lui incombe d'établir que la limite imposée à la liberté ou au droit garantis par la Constitution est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

J'aborde en premier la question de la gravité de la violation de la liberté garantie par la Constitution en l'espèce. Vue dans la perspective de notre société dans son ensemble, la violation en cause de la garantie de la liberté d'expression est grave. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne fait pas que réglementer la forme ou le ton de l'expression—il vise directement son contenu et les points de vue de particuliers. Il vise en outre des points de vue relevant de domaines très divers, tant artistique, que social ou politique. Il peut s'appliquer non seulement à des déclarations comme celles en cause, mais aussi à des œuvres d'art et aux déclarations outrancières faites dans le feu d'une controverse sociale. Même si peu d'entre elles sont poursuivies jusqu'à des déclarations de culpabilité en vertu du par. 319(2), nombreuses sont celles auxquelles s'applique sa large interdiction. Ces dangers sont aggravés par le fait que le par. 319(2) vise toute expression publique. Bref, la restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* impose à la liberté d'expression met en cause toutes les valeurs sur lesquelles repose l'al. 2b) de la *Charte*—la valeur qui consiste à favoriser une société dynamique et créative au moyen du marché des idées; la valeur représentée par le débat vif et ouvert essentiel au gouvernement démocratique et à la sauvegarde de nos droits et libertés; et la valeur d'une

and the value of a society which fosters the self-actualization and freedom of its members.

The consequences of the infringement of freedom of speech imposed by s. 319(2) of the *Criminal Code* considered from the viewpoint of the individual caught within its net are equally serious. The exercise of the right of free speech contrary to its provisions may result in a criminal record and imprisonment of up to two years. No warning, other than the description in s. 319(2) itself (which necessarily includes subjective elements), is given as to what speech is liable to result in prosecution. And those individuals not caught may find their expression restricted by the fear of running afoul of a vague and subjective law.

These considerations establish an infringement of the guarantee of freedom of expression of the most serious nature—much more serious, for example, than that which this Court upheld under s. 1 in *Irwin Toy*. There the only value which could be prayed in aid of free expression was the right to earn a profit. Section 319(2) of the *Criminal Code*, in contrast, touches on values vital to the preservation of democratic government and our fundamental rights and freedoms, as well as our right to individual self-actualization. And its broad sweep makes the infringement it effects not only serious in nature, but in extent. An infringement of this seriousness can only be justified by a countervailing state interest of the most compelling nature.

I turn then to the other side of the scale and the benefit to be gained by maintenance of the limitation on freedom of expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*. As indicated earlier, there is no question but that the objectives which underlie this legislation are of a most worthy nature. Unfortunately, the claims of gains to be achieved at the cost of the infringement of free speech represented by s. 319(2) are tenuous. It is far from clear that the legislation does not promote the cause of hate-mongering extremists and hinder the possibility of voluntary amendment of conduct more than it discourages the spread of hate propaganda.

société qui encourage l'épanouissement personnel et la liberté de ses membres.

Considérées du point de vue de l'individu touché, les conséquences de l'atteinte portée à la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel* sont tout aussi graves. L'exercice de la liberté d'expression contrairement à ses dispositions peut entraîner une déclaration de culpabilité et une peine maximale de deux ans d'emprisonnement. Exception faite de la description que renferme le par. 319(2) lui-même (laquelle comporte nécessairement des éléments subjectifs), aucune indication n'est donnée quant au genre de discours pouvant donner lieu à des poursuites. Par ailleurs, l'expression d'individus qui ne sont pas visés pourrait être restreinte par la crainte d'enfreindre une loi vague et subjective.

Ces considérations établissent l'existence d'une violation extrêmement grave de la garantie de liberté d'expression—bien plus grave, par exemple, que celle qu'a maintenue notre Cour en vertu de l'article premier dans l'arrêt *Irwin Toy* où l'unique valeur pouvant être invoquée au soutien de la liberté d'expression était le droit au profit. Le paragraphe 319(2) du *Code criminel*, au contraire, touche des valeurs qui sont vitales pour la sauvegarde du gouvernement démocratique, de nos droits et libertés fondamentaux et aussi de notre droit à l'épanouissement personnel. De plus, en raison de sa large portée, l'atteinte qu'il porte est grave non seulement de par sa nature mais de par son ampleur. Une atteinte aussi grave ne peut se justifier que par l'existence d'un intérêt très impérieux de l'État qui lui fait contrepoids.

Cela m'amène donc à l'autre plateau de la balance, c'est-à-dire à l'avantage à tirer du maintien de la restriction de la liberté d'expression par le par. 319(2) du *Code criminel*. Comme je l'ai déjà indiqué, il est incontestable que les objectifs qui sous-tendent les dispositions en cause sont des plus valables. Malheureusement, les prétentions quant aux gains à obtenir au prix de la violation de la liberté d'expression par le par. 319(2) sont douteuses. Il est loin d'être certain que cette disposition n'aide pas la cause des extrémistes qui fomentent la haine, ni qu'elle ne fait pas davantage obstacle à l'amélioration volontaire de conduite

Accepting the importance to our society of the goals of social harmony and individual dignity, of multiculturalism and equality, it remains difficult to see how s. 319(2) fosters them.

In my opinion, the result is clear. Any questionable benefit of the legislation is outweighed by the significant infringement on the constitutional guarantee of free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code*.

(3) *Conclusion—Section 1 in Relation to Infringement of Free Speech*

Is the limit on free expression effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society? On all three criteria for proportionality laid down in *Oakes*—rational connection between the legislation with its objectives, infringement to the minimum extent possible, and the balance between the importance of the infringement of the right of free speech and the benefit conferred by the legislation—s. 319(2) of the *Criminal Code* emerges wanting. Accepting that the objectives of the legislation are valid and important and potentially capable of overriding the guarantee of freedom of expression, I cannot conclude that the means chosen to achieve them—the criminalization of the potential or foreseeable promotion of hatred—are proportionate to those ends.

B. Section 1 and the Infringement of the Presumption of Innocence

I arrive at the same conclusion with respect to the infringement of s. 11(d) of the *Charter*, as I did with respect to the infringement of s. 2(b) of the *Charter*. Again, the necessary proportionality between infringement and the ends achieved is doubtful.

A rational connection between the aims of s. 319(3)(a) and its requirement that the accused prove the truth of his statements is difficult to discern. It is argued that without the reverse onus, it would be difficult if not impossible to obtain convictions for much speech promoting hate. If the objection is that it is merely difficult to prove the

qu'elle ne décourage la diffusion de la propagande haineuse. Si on admet l'importance que revêtent pour notre société les objectifs de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle, du multiculturalisme et de l'égalité, il est difficile de concevoir en quoi le par. 319(2) sert à les promouvoir.

À mon avis, le résultat est clair. Tout avantage hypothétique découlant des dispositions législatives en cause cède le pas à l'atteinte grave portée par le par. 319(2) du *Code criminel* à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

(3) *Conclusion—l'article premier et l'atteinte à la liberté d'expression*

La restriction que le par. 319(2) du *Code criminel* apporte à la liberté d'expression est-elle raisonnable et sa justification peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Le paragraphe 319(2) du *Code criminel* ne satisfait à aucun des trois critères de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes*—l'existence d'un lien rationnel entre le texte législatif et ses objectifs, l'atteinte minimale à des droits et l'évaluation relative de la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression et de l'avantage conféré par le texte législatif. Tenant pour acquis que les objectifs visés par cette disposition sont valides et importants et qu'ils pourraient en principe l'emporter sur la garantie de liberté d'expression, je ne puis conclure que les moyens choisis pour les atteindre, savoir la criminalisation de la fomentation éventuelle ou prévisible de la haine, y sont proportionnés.

B. L'article premier et la violation de la présomption d'innocence

Ma conclusion sur la violation de l'al. 11d) de la *Charte* est identique à ma conclusion sur la violation de l'al. 2b) de la *Charte*. Dans ce cas également, l'existence de la proportionnalité nécessaire entre la violation et les buts à atteindre est douteuse.

En effet, il est difficile de voir un lien rationnel entre les objets de l'al. 319(3)a) et son exigence que l'accusé prouve la véracité de ses déclarations. On prétend que sans le renversement du fardeau de la preuve, il serait difficile, voire impossible, dans la plupart des cas d'obtenir des déclarations de culpabilité pour la tenue de propos tendant à

statements true or false, the answer is that the burden should be on the state because it has superior resources. If the objection is that it is impossible to know if the statements are true or false (i.e. true opinion), then the answer is that it cannot be ruled out that the statements may be more valuable than harmful, if we accept the ultimate value of the exchange of truthful ideas. The same considerations suggest that s. 319(3)(a)'s infringement of the presumption of innocence is neither minimal nor, given the importance of the infringement in the context of prosecutions under s. 319(2), sufficient to outweigh the dubious benefit of such a provision.

Similar considerations arise on the question of whether s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* impairs the presumption of innocence under s. 11(d) as little as possible. It is said that hate promotion against identifiable groups is highly unlikely to be true. But that would be small comfort to a particular accused in the case where such a defence lay but he or she, because of restricted means or for whatever other reason, was unable to prove it. The presumption of innocence should not depend on the percentage of cases in which the defence in question may arise. It is also said that hate promotion consists as much in how it is said as in what is said, and it is sound policy to require individuals who choose to persuade by objectionable means to be certain they are speaking the truth before they make an utterance. But section 319(2) is not confined to expression in an objectionable form. It criminalizes expression not on the basis of its form but its content. Finally, it may be suggested in this context too that it is better to place the onus on the accused because of the difficulty of proving the falsity of negative assertions about identifiable groups. But, as I have pointed out above, proving the truth of such statements may be equally difficult. The accused, lacking the resources of the

fomenter la haine. Si l'on objecte qu'il est simplement difficile de prouver que les déclarations sont vraies ou fausses, la réponse est que le fardeau incombe à l'État parce qu'il dispose de plus grands moyens. Si par contre l'objection est qu'il est impossible de savoir si les déclarations sont vraies ou fausses (c.-à-d. qu'il s'agit d'une véritable opinion), alors la réponse est qu'il n'est pas exclu que ces déclarations soient plus utiles que nuisibles, si nous reconnaissons la valeur fondamentale de l'échange d'idées exprimant la vérité. Il se dégage des mêmes considérations que la violation de la présomption d'innocence par l'al. 319(3)a n'est ni minime ni suffisante, compte tenu de la gravité de la violation dans le contexte de poursuites engagées en vertu du par. 319(2), pour l'emporter sur l'avantage douteux découlant d'une telle disposition.

Des considérations analogues jouent relativement à la question de savoir si l'al. 319(3)a du *Code criminel* porte le moins possible atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d). On dit qu'il est hautement improbable que des déclarations tendant à fomenter la haine contre des groupes identifiables soient vraies. Mais cela n'aide en rien un accusé qui aurait pu se prévaloir de ce moyen de défense mais qui, en raison de ses moyens limités ou pour quelque autre raison, n'a pu en apporter la preuve. La présomption d'innocence ne devrait pas dépendre du pourcentage de cas dans lesquels la défense en question peut être invoquée. On fait valoir en outre que la fomentation de la haine est autant dans la façon dont les déclarations sont faites que dans leur contenu, et que c'est une saine politique d'exiger que les individus qui choisissent la persuasion par des moyens inacceptables soient certains de l'exactitude de ce qu'ils avancent. Toutefois, le par. 319(2) ne s'applique pas uniquement à l'expression qui revêt une forme inacceptable. Il criminalise l'expression non pas en raison de sa forme, mais en raison de son contenu. Finalement, on pourrait prétendre dans ce contexte également qu'il vaut mieux imposer le fardeau de la preuve à l'accusé parce qu'il est difficile de prouver la fausseté d'assertions médianes au sujet de groupes identifiables. Mais, comme je l'ai déjà fait observer, il peut être tout aussi difficile de prouver la véracité de telles déclara-

state, is arguably in a worse position than the Crown to prove his or her assertions to be true.

The final test of proportionality between the effects of the infringement and the objectives it promotes encounters other difficulties. We must start from the proposition that Parliament intended the truth to be a defence and that falsehood is an important element of the offence created by s. 319(2) of the *Criminal Code*. That fact, coupled with the centrality of the presumption of innocence in our criminal law, suggests that only a countervailing state interest of the most compelling kind could justify the infringement. But, as discussed in connection with the infringement of the guarantee of freedom of expression, it is difficult to see what benefits s. 319(2) in fact produces in terms of stemming hate propaganda and promoting social harmony and individual dignity. Thus Fish, *op. cit.*, in defending the proportionality of infringement to benefit, is driven finally to negate the defence itself, concluding at p. 121: "The defence of truth does not presume falsity so much as it does that truth is not exculpatory of hate promotion." I conclude that s. 319(3)(a) is not saved by s. 1 of the *Charter*.

Conclusion

Section 319(2) breaches the guarantee of freedom of expression enshrined in the *Charter*. Moreover, the defence provided under s. 319(3)(a) infringes an accused's right to be presumed innocent. The importance of such objectives as avoiding discrimination, racial violence and promoting multiculturalism, is such that a limited and measured infringement of free speech may be justifiable under s. 1 of the *Charter*, provided that the means chosen are proportionate. However, the broad criminalization of virtually all expression which might be construed as promoting hatred effected by s. 319(2) of the *Criminal Code* is not, in my view, a proportionate and appropriate means of achieving the ends to which the legislation is directed. The breadth of the category of speech it

rations. L'accusé, qui n'a pas les moyens dont dispose l'État, peut être moins bien placé que le ministère public pour prouver la véracité de ses affirmations.

^a Le dernier volet du critère de proportionnalité entre les effets de la violation et les objectifs qu'elle vise se heurte à d'autres difficultés. Nous devons partir de la proposition que le Parlement a voulu que la véracité soit un moyen de défense, et que la fausseté soit un élément important de l'infraction que crée le par. 319(2) du *Code criminel*. Ce fait, conjugué à l'importance capitale de la présomption d'innocence dans notre droit criminel, ^b permet de penser que la violation ne pourrait se justifier que par un intérêt étatique très impérieux qui lui ferait contrepoids. Toutefois, comme je l'ai dit en traitant de la violation de la garantie de liberté d'expression, on conçoit mal quels avantages ^c le par. 319(2) confère lorsqu'il s'agit d'endiguer la propagande haineuse et de promouvoir l'harmonie sociale et la dignité individuelle. C'est ainsi que Fish, *loc. cit.*, en défendant la proportionnalité de la violation à l'avantage reçu, est finalement obligé de nier la défense elle-même, car il conclut, à la p. 121: [TRADUCTION] «La défense de la véracité ne présume pas tant la fausseté que le fait que la véracité ne disculpe pas de la fomentation de la haine.» Je conclus que l'al. 319(3)(a) ^d n'est pas sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

Conclusion

^e Le paragraphe 319(2) viole la garantie de la liberté d'expression consacrée dans la *Charte*. De plus, le moyen de défense prévu à l'al. 319(3)(a) viole le droit de l'accusé d'être présumé innocent. ^f Des objectifs comme la suppression de la discrimination et de la violence raciale et la promotion du multiculturalisme revêtent une telle importance qu'une atteinte limitée et mesurée à la liberté d'expression peut être justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*, pourvu que les moyens choisis soient proportionnés. Toutefois, la criminalisation globale de la quasi-totalité de l'expression qui pourrait être considérée comme fomentant la haine, au par. 319(2) du *Code criminel*, ne constitue pas, selon moi, un moyen proportionné et approprié d'atteindre les objets visés par ce para-

catches, the absolute nature of the prohibition it applies to such speech, the draconian criminal consequences it imposes coupled with the availability of preferable remedies, and finally, the counter-productive nature of its actual effects—all these features of s. 319(2) of the *Criminal Code* combine to make it an inappropriate means of protecting our society against the evil of hate propaganda.

I would dismiss the appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

graphe. L'ampleur de l'expression visée, le caractère absolu de l'interdiction dont il frappe cette expression, les conséquences criminelles draconiennes qu'il entraîne ainsi que l'existence de recours préférables et, en dernier lieu, son effet réel contraire à l'effet souhaité, tous ces aspects du par. 319(2) du *Code criminel* se combinent pour en faire un moyen inadéquat de protéger notre société contre le mal de la propagande haineuse.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Appeal allowed, LA FOREST, SOPINKA and McLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Calgary.

Solicitor for the respondent: Douglas H. Christie, Victoria.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Marise Visocchi and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the intervener Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Solicitors for the Women's Legal Education and Action Fund: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Pourvoi accueilli, les juges LA FOREST, SOPINKA et McLACHLIN sont dissidents.

Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Calgary.

Procureur de l'intimé: Douglas H. Christie, Victoria.

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

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Marise Visocchi et Gilles Laporte, Ste-Foy.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Donald Clarke Andrews and Robert Wayne Smith *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Jewish Congress, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, Interamicus, the Women's Legal Education and Action Fund and the Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: R. v. ANDREWS

File No.: 21034.

1989: December 4, 5; 1990: December 13.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate propaganda — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Reverse onus provision — Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) — Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) — Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

The accused were charged with the wilful promotion of hatred against an identifiable group under s. 319(2) *j*

* Chief Justice at the time of hearing.

Donald Clarke Andrews et Robert Wayne Smith *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, Interamicus, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et l'Association canadienne des libertés civiles *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. C. ANDREWS

d N° du greffe: 21034.

1989: 4, 5 décembre; 1990: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson * et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin. *e*

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a)) — L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence — Renversement du fardeau de preuve — Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) — Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3)a)) — L'article 319(3)a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

Les accusés ont été inculpés d'avoir fomenté volontairement la haine contre un groupe identifiable, en contra-

* Juge en chef à la date de l'audition.

of the *Criminal Code*. A was the leader and S the secretary of the Nationalist Party of Canada, a white nationalist political organization. Both were members of the party's central committee, the organization responsible for the publication of the *Nationalist Reporter*, which promoted the theory of white supremacy. The accused were convicted and their convictions upheld by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether ss. 319(2) and 319(3)(a) of the *Code* are constitutionally valid.

Held (La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Sections 319(2) and 319(3)(a) of the *Code* are constitutional.

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: For the reasons given by the majority in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Code* infringes the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and s. 319(3)(a) of the *Code* infringes the presumption of innocence entrenched in s. 11(d) of the *Charter*. Sections 319(2) and 319(3)(a) are both justifiable, however, under s. 1 of the *Charter*.

Per La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): For the reasons given by the minority in *Keegstra*, s. 319(2) of the *Code* is an unjustifiable limit on the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): For the reasons given by McLachlin J. in *Keegstra*, s. 319(3)(a) of the *Code* is an unjustifiable limit on the right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Charter*.

Per La Forest J. (dissenting): It is unnecessary to consider the issues respecting the right to be presumed innocent in s. 11(d) of the *Charter*.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, rev'g (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697, rev'g (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1.

By La Forest J. (dissenting)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697.

vention du par. 319(2) du *Code criminel*. A était le chef et S le secrétaire du Nationalist Party of Canada, une organisation politique de nationalistes blancs. L'un et l'autre étaient membres du comité central du parti, l'organisme responsable de la publication du *Nationalist Reporter* qui prônait la théorie de la suprématie des Blancs. Les accusés ont été déclarés coupables et les verdicts de culpabilité ont été maintenus par la Cour d'appel. Le pourvoi vise à déterminer si le par. 319(2) et l'al. 319(3)a) du *Code* sont constitutionnels.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 319(2) et l'al. 319(3)a) du *Code* sont constitutionnels.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Pour les raisons exposées par la majorité dans l'affaire *Keegstra*, le par. 319(2) du *Code* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et l'al. 319(3)a) du *Code* viole la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*. Le paragraphe 319(2) et l'al. 319(3)a) sont cependant tous les deux justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents): Pour les raisons exposées par la minorité dans l'affaire *Keegstra*, le par. 319(2) du *Code* est une restriction injustifiable de la garantie de la liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): Pour les raisons données dans les motifs du juge McLachlin dans l'arrêt *Keegstra*, l'al. 319(3)a) du *Code* est une restriction injustifiable du droit d'être présumé innocent prévu à l'al. 11d) de la *Charte*.

Le juge La Forest (dissident): Il n'est pas nécessaire d'examiner les questions relatives au droit d'être présumé innocent prévu à l'al. 11d) de la *Charte*.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, inf. (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1; *R. c. White*, [1988] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés:** *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697, inf. (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1.

Citée par le juge La Forest (dissident)

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 11(d), 27.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(2), (3) [previously R.S.C. 1970, c. C-34, s. 281.2 (ad. c. 11 (1st Supp.), s. 1)].

Authors Cited

Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1988), 65 O.R. (2d) 161, 28 O.A.C. 161, 43 C.C.C. (3d) 193, 65 C.R. (3d) 320, 39 C.R.R. 36, dismissing the appellants' appeal from their conviction on a charge of wilfully promoting hatred contrary to s. 319(2) of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, La Forest, Sopinka and McLachlin J.J. dissenting.

J. David McCombs and David E. Harris, for the appellants.

Gregory J. Fitch, for the respondent.

D. Martin Low, Q.C., Stephen B. Sharzer and Irit Weiser, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jean Bouchard and Marise Visocchi, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Aaron Berg and Deborah Carlson, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

John I. Laskin, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

Mark J. Sandler, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, Q.C., Irwin Cotler and Ann Crawford, for the intervener Interamicus.

Kathleen Mahoney and Linda A. Taylor, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Marc Rosenberg, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 11d), 27.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(2), (3) [auparavant S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 281.2 (aj. ch. 11 (1^{er} supp.), art. 1)].

Doctrine citée

Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1988), 65 O.R. (2d) 161, 28 O.A.C. 161, 43 C.C.C. (3d) 193, 65 C.R. (3d) 320, 39 C.R.R. 36, qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité d'avoir volontairement fomenté la haine en contravention du par. 319(2) du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

J. David McCombs et David E. Harris, pour les appelants.

Gregory J. Fitch, pour l'intimée.

D. Martin Low, c.r., Stephen B. Sharzer et Irit Weiser, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jean Bouchard et Marise Visocchi, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Aaron Berg et Deborah Carlson, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

John I. Laskin, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

Mark J. Sandler, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada.

Joseph Nuss, c.r., Irwin Cotler et Ann Crawford, pour l'intervenant Interamicus.

Kathleen Mahoney et Linda A. Taylor, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Marc Rosenberg, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—As in the companion appeal of *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 (reasons delivered concurrently herewith), his appeal concerns the criminal prohibition of hate propaganda. These two appeals not only represent a divergence of authority among the Courts of Appeal concerning the validity of a provision in the *Criminal Code*, but also illustrate several different approaches to the interpretation of ss. 2(b) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The main issue in each is whether s. 319(2)—formerly s. 281.2(2)—of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, offends the freedom of expression under s. 2(b) of the *Charter* and, if so, whether it is saved by s. 1 of the *Charter*. An ancillary issue is whether the defence of “truth” provided by s. 319(3)(a)—formerly s. 281.2(3)(a)—of the *Code* violates the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter* in so far as an onus is placed on the accused to establish that the statements made are true.

The appeal courts in Alberta and Ontario are in clear conflict on both issues. Regarding the validity of s. 319(2), in *Keegstra* the Alberta Court of Appeal held that the section infringed s. 2(b) of the *Charter* and was not saved by s. 1: (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1. In contrast, in *Andrews* a majority in the Ontario Court of Appeal (Grange and Krever JJ.A.) held that s. 2(b) was not infringed, while Cory J.A. (as he then was) found that although s. 319(2) breached the freedom of expression it could be justified under s. 1 of the *Charter*: (1988), 65 O.R. (2d) 161.

In respect of the second issue, the Alberta Court of Appeal held that s. 319(3)(a) breached s. 11(d) of the *Charter* by requiring the accused to establish on a balance of probabilities that the statements communicated were true, then went on to

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—Comme l'arrêt connexe *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (prononcé en même temps que le présent arrêt), le présent pourvoi concerne l'interdiction criminelle frappant la propagande haineuse. Non seulement ces deux affaires traduisent une divergence d'opinions chez les cours d'appel quant à la validité d'une disposition du *Code criminel*, mais elles font ressortir aussi plusieurs façons différentes d'aborder l'interprétation des al. 2b) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Chacun des pourvois soulève principalement la question de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, anciennement le par. 281.2(2), porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte* et, dans l'affirmative, s'il est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Se pose subsidiairement la question de savoir si le moyen de défense de «véracité» prévu à l'al. 319(3)a) du *Code*, anciennement l'al. 281.2(3)a), viole la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte*, dans la mesure où l'accusé a le fardeau de prouver que ses déclarations sont vraies.

Les opinions des cours d'appel de l'Alberta et de l'Ontario sont totalement opposées sur ces deux questions. En ce qui concerne la validité du par. 319(2), la Cour d'appel de l'Alberta a jugé dans l'affaire *Keegstra* que ce paragraphe violait l'al. 2b) de la *Charte* et qu'il n'était pas sauvegardé par l'article premier: (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1. Dans l'affaire *Andrews*, par contre, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (les juges Grange et Krever) a décidé qu'il n'y avait pas de violation de l'al. 2b), tandis que le juge Cory (maintenant juge de notre Cour) a conclu que le par. 319(2) portait atteinte à la liberté d'expression, mais qu'il pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*: (1988), 65 O.R. (2d) 161.

Pour ce qui est de la seconde question en litige, la Cour d'appel de l'Alberta a jugé que l'al. 319(3)a) violait l'al. 11d) de la *Charte* en exigeant que l'accusé établisse, selon la prépondérance des probabilités, la véracité de ses déclarations. Elle a

find that this reverse onus provision was not a reasonable limit according to s. 1. The Ontario Court of Appeal rejected this approach, and instead ruled that s. 319(3)(a) did not infringe the presumption of innocence.

As in *Keegstra*, a number of interveners took part in the appeal. The Canadian Civil Liberties Association intervened in order to argue that the impugned provisions should be struck down as unconstitutional. The following interveners sought to sustain the validity of the challenged legislation: the Attorneys General of Canada, Quebec, New Brunswick and Manitoba, the League for Human Rights of B'nai Brith of Canada, the Canadian Jewish Congress, Interamicus and the Women's Legal Education and Action Fund.

I

Facts

The appellants belonged to the Nationalist Party of Canada, a white nationalist political organization. Mr. Andrews was the party leader and Mr. Smith its secretary. Both were members of the party's central committee, the organization responsible for publishing and distributing the bi-monthly *Nationalist Reporter*. This publication constitutes the primary subject-matter of the prosecution and was subscribed to by 43 individuals and 50 groups, clubs or organizations.

Pursuant to a search warrant, 89 materials were seized from the home of the appellants. Included in these materials were copies of the *Nationalist Reporter*, letters written by subscribers, subscription lists and mimeographed sticker cards containing such messages as "Nigger go home", "Hoax on the Holocaust", "Israel stinks" and "Hitler was right. Communism is Jewish". The ideology expressed by the material was summarized as follows by counsel for the appellants:

... the material argues that God bestowed his greatest gifts only on the "White people"; that if it were God's plan to create one "coffee-coloured race of 'humanity' it would have been created from Genesis"; and that therefore all those who urge a homogeneous "race-mixed planet" are, in fact, working against God's will. In

conclu ensuite que cette disposition portant renversement du fardeau de preuve n'était pas une limite raisonnable au sens de l'article premier. La Cour d'appel de l'Ontario, rejetant ce point de vue, a décidé au contraire que l'al. 319(3)a ne violait pas la présomption d'innocence.

Comme dans l'affaire *Keegstra*, plusieurs intervenants ont pris part au pourvoi. L'Association canadienne des libertés civiles est intervenue pour faire valoir que les dispositions attaquées devraient être invalidées pour cause d'inconstitutionnalité. Les procureurs généraux du Canada, du Québec, du Nouveau-Brunswick et du Manitoba, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, le Congrès juif canadien, Interamicus et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes sont intervenus en faveur de la validité des dispositions contestées.

I

Les faits

Les appelants appartenaient au Nationalist Party of Canada, une organisation politique de nationalistes blancs. Monsieur Andrews en était le chef et M. Smith le secrétaire. L'un et l'autre étaient membres du comité central du parti, l'organisme qui s'occupait de la publication et de la distribution du bimestriel le *Nationalist Reporter*. C'est surtout cette publication, à laquelle étaient abonnés 43 particuliers et 50 groupes, clubs ou organisations, qui a donné lieu aux poursuites.

En exécution d'un mandat de perquisition, on a saisi chez les appelants 89 documents, dont des exemplaires du *Nationalist Reporter*, des lettres écrites par des abonnés, des listes d'abonnement et des cartes photocopiées gommées portant des inscriptions du genre: [TRADUCTION] «Nègre va-t-en», «L'Holocauste est un mensonge», «Israël pue» et «Hitler avait raison. Le communisme est juif». L'idéologie exprimée dans ces documents a été ainsi résumée par l'avocat des appelants:

[TRADUCTION] ... on soutient dans les documents que Dieu n'a accordé qu'aux «Blancs» ses plus grands dons; que si le dessein de Dieu avait été de créer une «humanité» couleur café, cela aurait été fait dès la Genèse; et qu'il s'ensuit que quiconque préconise une «planète habitée par une race métissée» et homogène se trouve en

forwarding the opinion that members of minority groups are responsible for increases in the violent crime rate, it is said that violent crime is increasing almost in proportion to the increase of minority immigrants coming into Canada. A high proportion of violent crimes are committed by blacks. America is being "swamped by coloureds who do not believe in democracy and harbour a hatred for white people." The best way to end racial strife, an excerpt opines, is by a separation of the races "through a repatriation of non-whites to their own lands where their own race is the majority . . ." The "Nationalist Reporter" also promulgated the thesis that Zionists had fabricated the "Holocaust Hoax" and that because Zionists dominate financial life and resources, the nation cannot remain in good health because the "alien community's interests" are not those of the majority of the citizens either culturally or economically.

Cory J.A. in the Ontario Court of Appeal, referring specifically to the contents of the *Nationalist Reporter* and other publications of the Nationalist Party, characterized this material as "rubbish and offal", and stated that the writings were "malodorous, malicious and evil".

On January 28, 1985, the appellants were charged under s. 319(2) of the *Criminal Code* with unlawfully communicating statements, other than in private conversation, which wilfully promote hatred against an identifiable group. After trial in the District Court of Ontario by the Honourable Judge E. Wren, the appellants were convicted on December 9, 1985. They were sentenced four days later, Mr. Andrews receiving twelve months incarceration and Mr. Smith being sentenced to seven months. As already mentioned, the appeal to the Court of Appeal was dismissed, although the terms of incarceration for Messrs. Andrews and Smith were reduced to three months and one month respectively.

II

Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated on August 10, 1989:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringe-

réalité à contrecarrer la volonté de Dieu. En imputant aux membres de groupes minoritaires la hausse du taux des crimes violents, on dit que les crimes violents augmentent presque en raison directe de l'accroissement de l'immigration de minorités au Canada. Une proportion élevée de crimes violents sont commis par des Noirs. L'Amérique subit une «invasion de personnes de couleur qui ne croient pas à la démocratie et qui nourrissent une haine pour les Blancs». Suivant un extrait, c'est par la séparation des races «grâce au retour des non-Blancs dans leurs propres pays, où ils forment la majorité . . .», qu'on parviendra le mieux à mettre un terme aux conflits raciaux. Le «Nationalist Reporter» a en outre avancé la thèse que le «mensonge de l'Holocauste» a été forgé de toutes pièces par les sionistes et que, comme ces derniers dominant la vie et les ressources financières, la nation ne peut rester en bonne santé parce que les «intérêts de la collectivité étrangère» diffèrent, du point de vue culturel et économique, de ceux de la majorité des citoyens.

Le juge Cory de la Cour d'appel de l'Ontario, parlant précisément du contenu du *Nationalist Reporter* et d'autres publications du Nationalist Party, les qualifie de [TRADUCTION] «immondes et répugnants» ou «nauséabonds, malveillants et infâmes».

Le 28 janvier 1985, les appelants ont été accusés d'avoir enfreint le par. 319(2) du *Code criminel* en communiquant, autrement que dans des conversations privées, des déclarations fomentant volontairement de la haine contre un groupe identifiable. Au terme d'un procès devant la Cour de district de l'Ontario, le juge E. Wren a déclaré les appelants coupables le 9 décembre 1985. Quatre jours plus tard, les peines ont été prononcées, M. Andrews étant condamné à douze mois et M. Smith à sept mois d'emprisonnement. Comme je l'ai déjà mentionné, la Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel, mais a réduit la durée de l'incarcération de MM. Andrews et Smith à trois mois et à un mois respectivement.

II

Les questions constitutionnelles

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées le 10 août 1989:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985),

- ment of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society.
- ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

III

Judgments in the Ontario CourtsDistrict Court of Ontario

In the District Court, no issue was taken with respect to the constitutional validity of s. 319(2) of the *Code*, although the Crown was prepared to argue the point and Wren Dist. Ct. J. indicated a predisposition to uphold the provision under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit upon the freedom of expression. Rather, the only point taken up by the defence concerned what is encompassed by the word "hatred". In this regard, Wren Dist. Ct. J. agreed with the submissions of the defence that "hatred" did not encompass less intense and extreme emotions such as ridicule, prejudice, dislike or contempt. He instead accepted the definition of "hatred" employed by MacKenzie J. in the charge to the jury in *R. v. Keegstra*, a definition which included reference to hate as "an emotion of

III

Jugements des tribunaux ontariensCour de district de l'Ontario

En Cour de district, la constitutionnalité du par. 319(2) du *Code* n'a pas été contestée, quoique le ministère public ait été prêt à débattre ce point et que le juge Wren se soit dit disposé à maintenir la disposition en vertu de l'article premier de la *Charte* comme limite raisonnable imposée à la liberté d'expression. Dans les faits, l'unique point soulevé par la défense concernait la portée du mot «haine». À cet égard, le juge Wren a retenu les arguments de la défense selon lesquels la «haine» n'englobe pas des sentiments moins intenses et moins extrêmes comme le ridicule, le parti pris, l'antipathie ou le mépris. Au lieu de cela, il a adopté la définition de «haine» donnée par le juge MacKenzie dans l'exposé qu'il avait fait au jury dans l'affaire *R. v. Keegstra*, définition qui faisait

extreme dislike or aversion, detestation, abhorrence.”

As for the manner in which the intent to promote hatred was to be proved, Wren Dist. Ct. J. stated:

The conscious purpose of promoting hatred in the distribution of this material is correctly to be gleaned by reasonable inference upon a fair reading of the material, because willfulness [*sic*] or conscious purpose or intent are qualities of the mind and are rarely, though sometimes, proved by direct statements of intention.

It is also worth mentioning that Wren Dist. Ct. J. employed the interpretation of “wilfully” set out by Martin J.A. in *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.), namely, that this mental element is satisfied only where an accused either: i) subjectively desires the promotion of hatred against an identifiable group; or ii) foresees such a consequence as certain or morally certain to result from the distribution of the material.

Turning his attention to the subject-matter of the case at hand, Wren Dist. Ct. J. stated that upon reading the material it was blatantly apparent that the appellants’ objective was the promotion of hatred against an identifiable group, in particular Jews. In further commenting upon the material, he stated:

It repeats throughout, ad nauseum [*sic*], the unfounded and untrue and libelous calumnies of a worldwide Jewish conspiracy, co-ordinated with the spread of Communism, to control all aspects of, particularly, political and financial dealings throughout the world, but in particular in Western democratic countries, being Europe and North America, (the cause of this organization and its members and leaders being the belief in the total supremacy of the white race).

... There is found in the total material clear evidence of an active association with white nationalists throughout the world and with individuals and their causes, including, among others, Hitler, Mr. Zundel and Mr. Keegstra. In fact, those parts of the material which deal with the promotion of hatred against the Jews so clearly constitute the definition of hatred that the only adjective I can think of to indicate the degree of hatred is “obscene”.

allusion à la haine comme [TRADUCTION] «une émotion d’antipathie ou d’aversion extrêmes, de détestation, d’exécration».

En ce qui concerne la manière dont l’intention de fomenter la haine devait être prouvée, le juge Wren dit:

[TRADUCTION] L’objet conscient de fomenter la haine par la distribution de ces écrits peut légitimement et raisonnablement s’inférer d’une lecture impartiale de ceux-ci, car le caractère volontaire ou l’intention ou l’objet conscients sont des états d’esprit et sont rarement prouvés par des déclarations directes d’intention, quoi que cela puisse arriver.

Il convient de mentionner en outre que le juge Wren s’est servi de l’interprétation du mot «volontairement» donnée par le juge Martin dans l’arrêt *R. v. Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.), savoir que cet élément moral n’existe que lorsqu’un accusé (i) désire subjectivement fomenter la haine contre un groupe identifiable ou (ii) prévoit que telle sera la conséquence certaine ou presque certaine de la distribution des documents.

Portant ensuite son attention sur les écrits en cause, le juge Wren dit qu’à la lecture des documents, il ressort nettement que l’objectif visé par les appelants était la fomentation de la haine contre un groupe identifiable, en particulier les juifs. Parlant toujours de ces mêmes écrits, il ajoute:

[TRADUCTION] On y répète jusqu’à la nausée les calomnies non fondées et diffamatoires d’un complot juif mondial, coordonné à la propagation du communisme, en vue de dominer tous les aspects notamment des activités politiques et financières dans le monde entier, mais surtout dans les pays démocratiques de l’Occident, c’est-à-dire en Europe et en Amérique du Nord (la cause épousée par l’organisation en question et ses membres et dirigeants étant celle de la suprématie totale de la race blanche).

... Il ressort de l’ensemble des documents une preuve non équivoque d’une association active avec des nationalistes blancs dans le monde entier, dont Hitler, M. Zundel et M. Keegstra. De fait, les passages des documents en cause qui servent à fomenter la haine contre les juifs correspondent d’une façon tellement évidente à la définition de haine que je ne puis penser à d’autre qualificatif que «obscène» pour indiquer le degré de cette haine.

Incorporated in this material is the promulgated belief that it is a part of this so-called Jewish or Zionist conspiracy—the two words being used interchangeably throughout the material—to inflict upon the white Aryan races the infiltration into their societies of persons of Black, Indian, Pakistani and Vietnamese origin. As to these, the bulk of the material that deals with races other than the Jewish race, is predominantly directed against Blacks. They are repeatedly and unmistakably [*sic*] identified as an inferior race of low intelligence, as unclean, as freeloaders on the social support system, and, paradoxically, because there are many such paradoxes in this garbage, that they take away jobs from Whites; further, that they have a marked criminal propensity which is displayed in our society, in our particular country and in other countries which are defined as being White or Aryan.

The message then that follows the characterizations that I have outlined is clearly this: that they are a threat to the economy, the culture, the safety and the very existence of the white race, and that it is incumbent [*sic*] upon the white race to stop immigration, particularly, of Blacks, but, as well, of African and Asian people of a different colour, and to bring about—and one could realistically make the inference—by force, if necessary, their repatriation to places of their origin.

On the basis of the above findings, Wren Dist. Ct. J. concluded that the material under examination “[c]learly . . . indicates not only hatred, but hatred to an unbelievable degree”. He thus found that the Crown had proved its case against both accused beyond a reasonable doubt, and entered a verdict of guilt against Messrs. Andrews and Smith.

Ontario Court of Appeal

(a) Decision of Cory J.A.

Cory J.A. saw the appeal as raising two issues: first, whether s. 319(2) of the *Criminal Code* is an infringement of the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter* and second, whether if the impugned provision infringes s. 2(b) it can nonetheless be upheld under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

Les documents en question véhiculent la conviction que ce prétendu complot juif ou sioniste—les deux termes s’emploient indifféremment dans les documents—vise notamment à opérer dans les sociétés des races aryennes blanches l’infiltration de Noirs et de personnes d’origine indienne, pakistanaise et vietnamienne. Pour ce qui est de ces derniers, les documents, dans la mesure où ils traitent de races autres que les juifs, s’en prennent surtout aux Noirs. Ces derniers sont souvent et clairement décrits comme une race inférieure peu intelligente, malpropre, vivant aux dépens du système d’aide sociale et, paradoxalement, car les paradoxes abondent dans ces écrits orduriers, on leur reproche d’enlever des emplois aux Blancs. On leur impute en outre une propension marquée au crime, laquelle se manifeste dans notre société, aussi bien chez nous que dans d’autres pays définis comme étant blancs ou aryens.

Le message qui se dégage des caractérisations que je viens d’exposer est de toute évidence le suivant: que ces personnes constituent une menace pour l’économie, la culture, la sécurité et la survie même de la race blanche et qu’il incombe en conséquence aux Blancs de faire cesser l’immigration surtout de Noirs, mais aussi d’Africains et d’Asiatiques d’une autre couleur, et d’effectuer, au besoin par la force (l’inférence n’est pas du tout irréaliste), leur rapatriement.

Se fondant sur les constatations énoncées ci-dessus, le juge Wren a décidé que [TRADUCTION] «[s]ans conteste [les documents en cause] traduisent non seulement la haine, mais un degré inimaginable de haine». Il a conclu en conséquence que le ministère public avait prouvé l’infraction hors de tout doute raisonnable et a consigné un verdict de culpabilité contre les accusés MM. Andrews et Smith.

Cour d’appel de l’Ontario

a) Les motifs du juge Cory

D’après le juge Cory, l’appel soulève deux questions: premièrement, celle de savoir si le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte à la liberté d’expression garantie par l’al. 2b) de la *Charte* et, deuxièmement, si, dans l’affirmative, la disposition contestée peut néanmoins être maintenue en vertu de l’article premier de la *Charte* comme limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique.

Cory J.A. began by making some general comments regarding freedom of expression and the dissemination of hate propaganda. In his opinion, it was important to emphasize the importance of freedom of expression in Canada's democratic society, and in this vein he said (at p. 167):

Freedom of thought is of limited value without the freedom to express that thought, to advocate the adoption of a new concept or the termination of an institution that has become outmoded or unfair. The exchange of ideas is vital to a democratic form of government and to its citizens. Without it democracy simply cannot survive.

Recognizing the crucial role played by open expression, Cory J.A. felt that the *Charter* must serve to protect the expression of new and different ideas no matter how upsetting those ideas may be to identifiable groups.

At the same time, however, Cory J.A. was sensitive to the importance of enabling Canadians who are members of identifiable groups to carry on their lives without being victimized by "the deliberate, vicious promotion of hatred against them" (p. 168). In support of this view, he quoted extensively from the 1966 *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, noting that although the Committee recognized the necessity of a strong presumption against limiting the freedom of expression, modest restraints on expressive activity in order to suppress hate propaganda were seen to be necessary and justifiable in the multicultural nation of Canada.

In commenting specifically upon the scope of s. 2(b), Cory J.A. felt that the *Charter* demanded a wide and liberal interpretation of the freedom of expression, and preferred to gauge the reasonableness of a government regulatory provision under s. 1 of the *Charter*. He noted that although the Ontario Court of Appeal had excluded from the scope of s. 2(b) the intentional spreading of false news in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, such exclusion was explainable on the grounds that the communications at issue in *Zundel* did not fall within any of the rationales for guaranteeing freedom of expression. In contrast, a conviction under s. 319(2) did not require proof that an individual

Le juge Cory commence par quelques observations générales sur la liberté d'expression et la diffusion de la propagande haineuse. Selon lui, il importe de souligner l'importance de la liberté d'expression dans la société démocratique canadienne et il affirme à ce propos (à la p. 167):

[TRADUCTION] La liberté de pensée n'a que peu de valeur sans la liberté d'exprimer sa pensée, de préconiser l'adoption d'une idée nouvelle ou le démantèlement d'une institution devenue démodée ou injuste. L'échange d'idées est vital pour une forme démocratique de gouvernement et pour les gouvernés. En son absence, la démocratie ne peut simplement pas subsister.

Reconnaissant le rôle vital joué par la libre expression, le juge Cory estime que la *Charte* doit servir à protéger l'expression d'idées nouvelles et différentes, si troublantes qu'elles puissent être pour des groupes identifiables.

En même temps, cependant, le juge Cory est conscient de l'importance de permettre aux Canadiens membres de groupes identifiables de vivre leur vie sans devenir victimes de [TRADUCTION] «la fomentation volontaire et acharnée de la haine à leur égard» (p. 168). À l'appui de cette opinion, il cite largement le *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* de 1966 et fait remarquer que, si le comité a reconnu la nécessité d'une forte présomption contre la restriction de la liberté d'expression, il a aussi jugé nécessaire et justifiable dans le pays multiculturel qu'est le Canada que des limites modestes soient imposées à l'activité expressive dans le but de supprimer la propagande haineuse.

Commentant en particulier la portée de l'al. 2b), le juge Cory estime que la *Charte* exige une interprétation large et libérale de la liberté d'expression, et qu'il est préférable d'apprécier dans le cadre de l'article premier de la *Charte* le caractère raisonnable d'une disposition de réglementation adoptée par le gouvernement. Il souligne que, bien que la Cour d'appel de l'Ontario, dans l'arrêt *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, ait exclu de la portée de l'al. 2b) la diffusion intentionnelle de fausses nouvelles, cette exclusion peut s'expliquer par le fait que les communications en cause dans l'affaire *Zundel* ne relevaient d'aucune des justifications de la garantie de la liberté d'expression.

knew his or her communications to be false. Indeed, in the case at bar the trial judge had found that the appellants were expressing a sincerely held belief, leading Cory J.A. to state (at p. 178):

Although it was utterly erroneous and expressed in the vilest of terms, it was none the less, an expression of a sincerely held opinion. As such it should not be held to come within that regulated area which must be very narrow and clearly antithetical to s. 2(b): see *R. v. Kopyto*.

Cory J.A. thus concluded that, “[o]ffensive as it may seem”, the activity caught by s. 319(2) of the *Criminal Code* came within the purview of s. 2(b).

In applying s. 1 of the *Charter*, Cory J.A. assessed s. 319(2) in light of the underlying values of a free and democratic society as set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In particular, he felt that s. 27 of the *Charter* strongly impacted upon the s. 1 analysis, stating at p. 179 that:

It is our multicultural background that gives richness, depth and vibrance to Canadian society. The Charter has recognized and emphasized the importance of our background by providing that the Charter itself is to be interpreted so as to preserve and enhance our multicultural heritage. That clause in itself gives a very clear indication that s. 1 of the Charter should be applied in this case. The clause coupled with the Canadian multicultural heritage gives the strongest possible direction to apply s. 1.

Additionally, in approaching the s. 1 inquiry, Cory J.A. referred to the consensus in the international community that hate propaganda should be suppressed by the criminal law, a consensus evident in both international human rights conventions and the domestic law of many democratic societies.

Turning to the specific elements of the *Oakes* approach, Cory J.A. concluded that s. 319(2) was

Par contre, il n'est pas nécessaire, pour être reconnu coupable d'une infraction au par. 319(2), d'avoir su que ses communications étaient fausses. De fait, le juge du procès a conclu en l'espèce que
 a les appelants exprimaient une conviction sincère, ce qui a provoqué l'observation suivante de la part du juge Cory (à la p. 178):

[TRADUCTION] Bien que leur message ait été complètement erroné et formulé dans les termes les plus dégoûtants, il s'agissait néanmoins de l'expression d'une opinion sincère et, en tant que telle, cette expression ne devrait pas être considérée comme tombant dans le domaine visé par la loi, lequel doit être très restreint et n'englober que ce qui va nettement à l'encontre de l'al.
 b 2b): voir *R. v. Kopyto*.

Le juge Cory conclut donc que [TRADUCTION] «[p]our offensante qu'elle puisse paraître», l'activité visée par le par. 319(2) du *Code criminel*
 d relève de l'al. 2b).

Appliquant l'article premier de la *Charte*, le juge Cory examine le par. 319(2) à la lumière des valeurs sous-jacentes à une société libre et démocratique énoncées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. En particulier, il est d'avis que l'art. 27 de la *Charte* influe fortement sur l'analyse fondée sur l'article premier. Il dit à ce propos, à la p. 179:

[TRADUCTION] C'est notre patrimoine multiculturel qui prête à la société canadienne richesse, profondeur et dynamisme. La Charte a reconnu et souligné l'importance de notre patrimoine en prévoyant que la Charte elle-même doit s'interpréter de manière à promouvoir le maintien et la valorisation de ce patrimoine multiculturel. Il ressort clairement de cette seule disposition que l'article premier de la Charte doit être appliqué en l'espèce. La conjonction de cette disposition et du caractère multiculturel du patrimoine canadien nous engage
 h très fortement à appliquer l'article premier.

De plus, dans le cadre de son examen fondé sur l'article premier, le juge Cory évoque le consensus international sur la nécessité de réprimer la propagande haineuse par le droit pénal, un consensus qui ressort clairement des conventions internationales en matière de droits de la personne et du droit interne d'un bon nombre de sociétés démocratiques.

En ce qui concerne les éléments particuliers de l'analyse prévue dans l'arrêt *Oakes*, le juge Cory

supported by a valid s. 1 objective. Instrumental in reaching this conclusion was his rejection of the argument that the dissemination of hate propaganda represents little harm to society. Cory J.A. was unable to discount the danger presented by such expression, noting that s. 319(2) was introduced into the *Criminal Code* only after extensive study by the Special Committee on Hate Propaganda in Canada (hereinafter "the Cohen Committee") and, in a passage which has been much quoted, stating (at pp. 179-80):

I would have thought it sufficient to look back at the quintessence of evil manifested in the Third Reich and its hate propaganda to realize the destructive effects of the promotion of hatred. That dark history provides overwhelming evidence of the catastrophic results of expressions which promote hatred. The National Socialist Party was in the minority in the Weimar Republic when it attained power. The repetition of the loathsome messages of Nazi propaganda led in cruel and rapid succession from the breaking of the shop windows of Jewish merchants to the dispossession of the Jews from their property and their professions, to the establishment of concentration camps and gas chambers. The genocidal horrors of the Holocaust were made possible by the deliberate incitement of hatred against the Jewish and other minority peoples.

It would be a mistake to assume that Canada today is necessarily immune to the effects of Nazi and other hate literature.

In light of the above comment, Cory J.A. concluded that the public and wilful promotion of hatred against identifiable groups was the very antithesis of all the essential values and principles stressed by this Court in *Oakes, supra*, and that the aim behind s. 319(2) clearly constituted a pressing and substantial objective under s. 1.

Considering next whether the proportionality of s. 319(2) to Parliament's valid objective met the requirements of *Oakes*, a number of factors led Cory J.A. to conclude that the provision was justifiable under s. 1. He noted, for instance, that the need for communications to promote "hatred" prevented an unduly wide limitation upon the freedom of expression, stating (at p. 179):

conclut que le par. 319(2) est justifié par un objectif valable aux fins de l'article premier. Cette conclusion repose principalement sur son rejet de l'argument selon lequel la diffusion de la propagande haineuse nuit peu à la société. Le juge Cory ne peut faire abstraction du danger présenté par une telle expression. Il souligne en effet que le par. 319(2) n'a été inséré dans le *Code criminel* qu'à la suite d'une étude approfondie par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (ci-après «le comité Cohen») et, dans un passage souvent cité, il affirme aux pp. 179 et 180:

[TRADUCTION] J'aurais cru qu'il suffisait de regarder la quintessence du mal que représente le Troisième Reich et sa propagande haineuse pour se rendre compte des effets destructeurs de la fomentation de la haine. Cette époque sombre de l'Histoire fournit une preuve accablante des conséquences catastrophiques de l'expression qui incite à la haine. Le Parti national-socialiste était minoritaire dans la république de Weimar au moment de son accession au pouvoir. La répétition des messages répugnants de la propagande nazie a amené par un cheminement cruel et rapide le bris des vitrines des magasins de commerçants juifs, la dépossession des juifs de leurs biens et de leurs professions et l'établissement de camps de concentration et de chambres à gaz. L'horreur du génocide qu'était l'Holocauste a été rendue possible par l'incitation délibérée à la haine contre les juifs et d'autres minorités.

On aurait tort de supposer que le Canada d'aujourd'hui est nécessairement à l'abri des effets d'écrits haineux, nazis et autres.

S'appuyant sur ces observations, le juge Cory conclut que la fomentation publique et volontaire de la haine contre des groupes identifiables se situe aux antipodes de toutes les valeurs et de tous les principes essentiels sur lesquels notre Cour a insisté dans l'arrêt *Oakes*, précité, et que le but qui inspire le par. 319(2) vise manifestement un objectif urgent et réel aux fins de l'article premier.

Le juge Cory examine ensuite si le par. 319(2) est suffisamment proportionnel à l'objectif valable du législateur pour satisfaire aux exigences posées dans l'arrêt *Oakes*, et plusieurs facteurs l'amènent à conclure qu'il s'agit d'une disposition justifiable au sens de l'article premier. Il souligne, par exemple, que l'exigence que les communications fomentent la «haine» vient empêcher qu'une restriction excessivement large soit imposée à la liberté d'expression. Il dit (à la p. 179):

Hatred is not a word of casual connotation. To promote hatred is to instil detestation, enmity, ill-will and malevolence in another. Clearly an expression must go a long way before it qualifies within the definition in [s. 319(2)]. When an expression does instil detestation it does incalculable damage to the Canadian community and lays the foundations for the mistreatment of members of the victimized group.

Cory J.A. also observed that the scope of the impugned provision was restricted in so far as it did not apply to statements communicated in private conversation. Moreover, as interpreted in *Buzzanga, supra*, the word "wilfully" imported into the offence a stringent *mens rea* component requiring the conscious purpose of promoting hatred or foresight that the promotion of hatred was morally certain to result from the communication. Finally, Cory J.A. was of the opinion that the defences offered an accused under s. 319(3) further reduced the scope of the prohibition, and thus concluded that s. 319(2) constituted a reasonable limit which is demonstrably justified in a free and democratic society.

In the concluding part of his judgment, Cory J.A. explained why his position regarding s. 1 differed from that of the Alberta Court of Appeal in *Keegstra, supra*. Most importantly, he rejected the Alberta court's contention that s. 319(2) could not be saved under s. 1 because it did not require proof that acceptance of the hate-monger's message had caused actual harm or the serious risk of harm to the identifiable group. In the view of Cory J.A., much of the *Criminal Code* is aimed at crime where no harm has been occasioned, and he thus stated (at p. 187):

For example, the very serious crime of attempted murder may be established when no harm has been suffered by the intended victim. By some fortuitous circumstances the aimed bullet missed its mark, the pointed knife was deflected, the poison cup was spilled on the ground. Although there was no damage or injury occasioned, the serious crime was none the less committed. As well, a conspiracy to import a large amount of

[TRADUCTION] Le mot «haine» n'a pas une connotation anodine. Fomentier la haine c'est insuffler à autrui la détestation, l'inimitié, le mauvais vouloir et la malveillance. De toute évidence, l'expression doit aller très loin pour remplir les exigences de la définition du [par. 319(2)]. Lorsque l'expression sert en effet à inspirer la détestation, elle fait un tort incalculable à la collectivité canadienne et prépare la voie à des mauvais traitements infligés aux membres du groupe cible.

b Le juge Cory fait observer en outre que la portée de la disposition contestée est limitée dans la mesure où elle ne s'applique pas aux déclarations communiquées dans une conversation privée. De plus, suivant l'interprétation qui lui a été donnée dans l'arrêt *Buzzanga*, précité, le mot «volontairement» introduit dans l'infraction une exigence sévère en matière de *mens rea*, c'est-à-dire avoir eu le dessein conscient de fomentier la haine ou avoir prévu que la fomentation de la haine résulterait presque certainement de la communication. Enfin, le juge Cory estime que les moyens de défense mis à la disposition de l'accusé par le par. 319(3) réduisent encore davantage la portée de l'interdiction et il conclut en conséquence que le par. 319(2) constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

f Dans la partie finale de ses motifs, le juge Cory explique pourquoi sa position concernant l'article premier diffère de celle de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Keegstra*, précité. Le point le plus important est son rejet de l'avis de la cour albertaine que le par. 319(2) ne peut être sauvegardé par l'article premier parce qu'il n'exige aucune preuve d'un préjudice réel ou d'un grave risque de préjudice pour le groupe identifiable résultant de l'acceptation du message du fomentateur de la haine. De l'avis du juge Cory, le *Code criminel* vise beaucoup de crimes qui n'entraînent aucun préjudice et il affirme en conséquence (à la p. 187):

i [TRADUCTION] Par exemple, le crime très grave de tentative de meurtre peut être établi alors même qu'aucun préjudice n'a été subi par la personne qui devait en être la victime. Par un concours de circonstances fortuites, la balle n'atteint pas la cible, le couteau est détourné, le breuvage empoisonné est renversé. Bien qu'aucun préjudice ni aucune lésion n'aient été occasionnés, un crime grave a néanmoins été commis. De même,

heroin constitutes a crime. This is so even if the conspiracy is not brought to fruition and the heroin was never imported. None the less the crime was committed, although no actual harm or even risk of harm was demonstrated. A driver with a blood alcohol count of over 80 is guilty of an offence although it has not been demonstrated that the particular accused has occasioned any danger to a victim or that his driving at the moment of apprehension constituted a danger in itself. Rather, the very basis for creating the offence of driving over 80 mg is founded upon empirical data as to the danger that people driving a motor vehicle with such a blood alcohol count constitute to members of the public.

The empirical data derived from the history of the Third Reich and the studies of the Cohen Committee are, I think, entitled to the same weight. They establish not only the risk of harm occasioned to identifiable groups by the promotion of hatred but the actual harm caused. They establish the need to restrain its promotion and they fully justify the application of s. 1 of the Charter to its provisions. The impugned section is not simply paternalistic, well-intentioned meddling by Parliament, cutting back on free speech for no real reason. It is based upon the hard, chilling facts of history.

(b) Decision of Grange J.A. (with whom Krever J.A. concurred)

While coming to the same result, the majority in the Ontario Court of Appeal disagreed with Cory J.A. to the extent that it held that s. 319(2) of the *Criminal Code* did not infringe s. 2(b) of the *Charter*. In the view of Grange J.A., freedom of expression, though a bastion and fundamental concept of our democratic civilization, was never intended by the framers of the *Charter* to be absolute. Quoting the Court of Appeal in *Zundel*, *supra*, at p. 147, he stressed at p. 189 that in interpreting the s. 2(b) freedom one must:

“... necessarily have regard to the corresponding rights and freedoms of other persons. [The s. 2(b) freedom] contemplates the existence of a social order in which other persons must not be denied similar rights.”

un complot en vue de l'importation d'une quantité importante d'héroïne constitue un crime. C'est le cas même si le complot n'aboutit pas et que l'héroïne n'est pas importée. Il y a eu néanmoins crime, quoiqu'aucun préjudice réel ni même le risque d'un préjudice n'ait été démontré. Un conducteur ayant un taux d'alcoolémie supérieur à 80 est coupable d'une infraction, bien qu'on n'ait pas établi que cet accusé présentait quelque danger pour qui que ce soit ou que, au moment de son appréhension, il conduisait d'une manière qui était dangereuse en soi. Au contraire, la raison d'être même de l'infraction de conduite avec un taux d'alcoolémie dépassant 80 mg repose sur des données empiriques concernant le danger que présentent pour le public les personnes qui prennent le volant d'un véhicule à moteur alors qu'elles ont ce taux d'alcoolémie.

Or, les données empiriques tirées de l'histoire du Troisième Reich et des études du comité Cohen méritent, je crois, qu'on leur accorde autant de poids. Ces données établissent non seulement le risque qu'un préjudice soit occasionné à des groupes identifiables par la fomentation de la haine, mais aussi le préjudice que cela leur cause en fait. Elles établissent la nécessité d'imposer des restrictions à cette fomentation et elles justifient entièrement l'application de l'article premier de la Charte aux dispositions en cause. Dans le cas du paragraphe contesté, il ne s'agit pas d'une simple intervention de la part d'un législateur paternaliste et bien intentionné qui limite sans motif valable la liberté d'expression. Ce paragraphe a pour fondement la réalité concrète et horripifiante de l'Histoire.

b) Les motifs du juge Grange (avec l'appui du juge Krever)

Bien que sa décision ait été identique, la majorité en Cour d'appel de l'Ontario était en désaccord avec le juge Cory en ce sens qu'elle a statué que le par. 319(2) du *Code criminel* ne violait pas l'al. 2b) de la *Charte*. Selon le juge Grange, la liberté d'expression, tout en étant un bastion et un concept fondamental de notre civilisation démocratique, n'a jamais été considérée par les auteurs de la *Charte* comme absolue. Citant la Cour d'appel dans l'arrêt *Zundel*, précité, à la p. 147, il souligne qu'en interprétant la liberté garantie par l'al. 2b) on doit (à la p. 189):

[TRADUCTION] «... nécessairement tenir compte des droits et libertés correspondants d'autrui. [La liberté que garantit l'al. 2b)] envisage l'existence d'un ordre social dans lequel les autres personnes ne doivent pas se voir refuser des droits analogues.»

As section 319(2) was enacted in response to a significant need, and only after much consideration by the Cohen Committee, Grange J.A. concluded that no protection was afforded by s. 2(b) to the activity of the appellants, and stated (at pp. 191-92):

It may have taken a Great War to persuade some of us but in my view, the Cohen Committee was right. The wilful promotion of hatred even more than the spreading of false news is entirely antithetical to our very system of freedom. It is perhaps not necessary to refer to s. 27 of the Charter ... but if that section is to be of assistance in the interpretation of s. 2(b), it can only reinforce my view that no protection is offered by s. 2(b) to the conduct of the appellants.

As for the contrary conclusion of Cory J.A., Grange J.A. viewed as inconsequential the fact that an accused might sincerely believe in the truth or worth of the communications. Indeed, he stated that such a belief may make the communications "more dangerous if not more heinous" (p. 192). Accordingly, Cory J.A.'s restriction of the Court of Appeal's ruling in *Zundel* was rejected, for "the effect of promoting hatred is potentially more inimical to our society and our values than the spreading of false news" (p. 192).

In the reasons of the majority, reference was also made to the decision of the Alberta Court of Appeal in *Keegstra*, and in particular to the issue of whether the defence of truth unjustifiably infringes the *Charter's* presumption of innocence. In this regard, Grange J.A. stated that s. 319(3)(a) does not raise a true reverse onus. The essence of the offence described in s. 319(2) was the wilful promotion of hatred, and to extend a defence of truth to an accused who fell within the terms of that offence could not be seen to limit his or her s. 11(d) rights. The majority judgments of the Supreme Court of Canada in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, were not seen to conflict with this view, and indeed Grange J.A. felt that the reasons of McIntyre J. supported his conclusion. Moreover, the subsequent decision in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, was distinguishable, the onus in

Comme le par. 319(2) a été adopté pour répondre à un besoin important, et, seulement à la suite d'une longue étude par le comité Cohen, le juge Grange conclut que l'al. 2b) n'accorde aucune protection à l'activité des appelants et déclare (aux pp. 191 et 192):

[TRADUCTION] Il a peut-être fallu une guerre mondiale pour en convaincre certains d'entre nous, mais à mon avis le comité Cohen avait raison. La fomentation volontaire de la haine, encore plus que la diffusion de fausses nouvelles, est tout à fait inconciliable avec notre système même de liberté. Il n'est peut-être pas nécessaire de se référer à l'art. 27 de la Charte [...] mais si cet article doit être de quelque secours dans l'interprétation de l'al. 2b), il ne peut que me renforcer dans mon opinion que l'al. 2b) n'offre aucune protection à la conduite des appelants.

Pour ce qui est de la conclusion contraire du juge Cory, le juge Grange n'accorde aucune importance au fait qu'un accusé puisse croire sincèrement à la véracité ou à la valeur de ses communications. Il dit en fait qu'une telle conviction peut rendre ces communications [TRADUCTION] «plus dangereuses sinon plus odieuses» (p. 192). Par conséquent, il a rejeté l'interprétation restrictive donnée par le juge Cory de l'arrêt *Zundel*, de la Cour d'appel parce que [TRADUCTION] «l'effet de la fomentation de la haine risque de nuire davantage à notre société et à nos valeurs que la diffusion de fausses nouvelles» (p. 192).

Les motifs de la majorité parlent également de l'arrêt *Keegstra* de la Cour d'appel de l'Alberta et traitent en particulier de la question de savoir si le moyen de défense de véracité viole de façon injustifiable la présomption d'innocence établie dans la *Charte*. Le juge Grange dit à ce propos que l'al. 319(3)a) n'opère pas un véritable renversement du fardeau de preuve. L'essence de l'infraction prévue au par. 319(2) est la fomentation volontaire de la haine et le fait d'accorder à une personne accusée de cette infraction un moyen de défense de véracité ne saurait être considéré comme limitant les droits que lui confère l'al. 11d). Les jugements majoritaires en Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, ne sont pas compris comme entrant en conflit avec ce point de vue et, en fait, le juge Grange estime que sa conclusion est appuyée par les motifs du juge

that appeal relating to the proof of an essential element of the offence (care and control of the vehicle proved by occupation of the driver's seat). In contrast to *Whyte*, in *Holmes* and the case at bar,

... the onus section relates only to a defence which need not be raised until after all elements of the offence have been proved beyond a reasonable doubt. The trier of fact must be convinced beyond reasonable doubt of all the elements of the offence. The "balance of probabilities" test arises only when a defence which is not an essential element of the offence is being considered.

Grange J.A. concluded his judgment by stating that, if he was wrong as to the scope of s. 2(b), he agreed with Cory J.A. that s. 319(2) was saved under s. 1 of the *Charter*, and was also willing to join Cory J.A. in rejecting the s. 1 arguments of the Alberta Court of Appeal in *Keegstra*.

IV

Analysis

For the reasons given in my judgment in *Keegstra*, *supra*, I am in agreement with the conclusion of Cory J.A. that s. 319(2) of the *Criminal Code* infringes the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter*, but is saved by the *Charter's* s. 1. As for the constitutional validity of s. 319(3)(a) of the *Code*, I similarly rely upon my reasons in *Keegstra* in holding that the reverse onus in the defence of truth breaches the presumption of innocence entrenched in s. 11(d), yet is justified under s. 1.

V

Conclusion

I would dismiss the appeal, and answer as follows the constitutional questions:

McIntyre. De plus, une distinction peut être faite avec l'arrêt subséquent *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, car le fardeau de la preuve dans ce cas se rapportait à la preuve d'un élément essentiel de l'infraction (la garde et le contrôle d'un véhicule prouvés par le fait d'occuper la place du conducteur). À la différence de l'affaire *Whyte*, dans l'affaire *Holmes* et en l'espèce,

[TRADUCTION] ... l'article créant le fardeau de preuve ne concerne qu'un moyen de défense qu'il n'est pas nécessaire d'invoquer tant que tous les éléments de l'infraction n'ont pas été prouvés hors de tout doute raisonnable. Le juge des faits doit être convaincu hors de tout doute raisonnable de l'existence de tous les éléments de l'infraction. Le critère de la «prépondérance des probabilités» ne s'applique que dans le cas où l'on se trouve devant un moyen de défense qui ne se rapporte pas à un élément essentiel de l'infraction.

Le juge Grange termine en disant que dans l'hypothèse où il aurait tort quant à la portée de l'al. 2b), il partagerait l'avis du juge Cory que le par. 319(2) est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Il est en outre disposé à se joindre au juge Cory pour rejeter les arguments fondés sur l'article premier avancés par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *Keegstra*.

IV

Analyse

Pour les raisons exposées dans mes motifs de l'arrêt *Keegstra*, précité, je souscris à la conclusion du juge Cory que le par. 319(2) du *Code criminel* porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*, mais qu'il est sauvegardé par l'article premier de la *Charte*. Pour ce qui est de la constitutionnalité de l'al. 319(3)a) du *Code*, je me fonde également sur mes motifs de l'arrêt *Keegstra* pour conclure que le renversement du fardeau de preuve que constitue le moyen de défense de véracité viole la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d), mais est justifié aux termes de l'article premier.

V

Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^a
- Answer: Yes.
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society? ^b
- Answer: Yes.
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? ^c
- Answer: Yes.
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society. ^d
- Answer: Yes.
- The following are the reasons delivered by
- LA FOREST J. (dissenting)—I agree with Justice McLachlin to the extent noted in my reasons in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, issued concurrently.
- The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by
- MCLACHLIN J. (dissenting)—The issue on this appeal, like its companion *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 (delivered concurrently), is whether ss.
1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^a
- Réponse: Oui.
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^b
- Réponse: Oui.
3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^c
- Réponse: Oui.
4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*? ^d
- Réponse: Oui.
- Version française des motifs rendus par
- LE JUGE LA FOREST (dissident)—Je souscris aux motifs du juge McLachlin dans la mesure mentionnée dans mes motifs de l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, prononcé en même temps que celui-ci. ^e
- Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par
- LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—Comme dans le pourvoi connexe *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (arrêt rendu en même temps), la ques- ^f

319(2) and 319(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, creating the offence of wilfully promoting hatred, are constitutionally valid.

The appellants are members of the Nationalist Party of Canada, a "white nationalist political organization". Smith was the party secretary and Andrews the party leader. Both were members of the party's central committee which was responsible for the publication of the *Nationalist Reporter*, which was distributed to roughly 43 individuals and 50 groups, clubs or organizations, and which promoted the theory of white supremacy. The publication urged, *inter alia*, that "non-whites and non-Aryan groups" are inferior and unclean, that racial minorities are responsible for increases in violent crime and pose an economic threat to white communities because of their reliance on social support, that "non-whites" should be repatriated to "their own lands" and that Zionists have perpetrated the "Holocaust Hoax" upon the people of the world. Among the material seized pursuant to a search warrant were copies of the *Nationalist Reporter*, letters written by subscribers, subscription lists and mimeographed sticker cards containing such messages as "Nigger go home", "Hoax on the Holocaust", "Israel stinks" and "Hitler was right. Communism is Jewish".

The appellants were convicted of the offence of wilfully promoting hatred against an identifiable group (s. 319(2) of the *Code*). Wren Dist. Ct. J., at trial, was unconvinced that there was "any issue" as to the constitutional validity of the section. He further found that the material seized clearly constituted the wilful promotion of hatred, even on a strict definition of the term.

The Court of Appeal dismissed an appeal on the merits: (1988), 65 O.R. (2d) 161. Cory J.A. (as he then was) was of the view that the expressions used by the appellants, who were found by the trial

tion en litige dans le présent pourvoi est celle de la constitutionnalité des par. 319(2) et 319(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui créent l'infraction de fomentation volontaire de la haine.

^a Les appelants sont membres du Nationalist Party of Canada, une «organisation politique de nationalistes blancs». Smith était le secrétaire du parti et Andrews en était le chef. L'un et l'autre ^b étaient membres du comité central du parti, qui s'occupait de la publication du *Nationalist Reporter*. Distribué à environ 43 particuliers et 50 groupes, clubs ou organisations, le *Nationalist Reporter* prônait la théorie de la suprématie des Blancs. ^c Cette publication affirmait notamment que [TRADUCTION] «les non-Blancs et les groupes non aryens» sont inférieurs et malpropres, que les minorités raciales sont à l'origine de l'augmentation des crimes violents et, en raison de leur dépendance de l'aide sociale, posent une menace économique pour les collectivités blanches, que les «non-Blancs» devraient être [TRADUCTION] «rapatriés» dans «leur pays» et que les sionistes ont ^d répandu dans le monde entier le [TRADUCTION] «mensonge de l'Holocauste». Parmi les articles saisis en exécution d'un mandat de perquisition figuraient des exemplaires du *Nationalist Reporter*, des lettres écrites par des abonnés, des listes ^e d'abonnement et des cartes polycopiées gommées portant des inscriptions du genre: [TRADUCTION] «Nègre va-t-en», «L'Holocauste est un mensonge», «Israël pue» et «Hitler avait raison. Le communisme est juif».

^g Les appelants ont été reconnus coupables de l'infraction d'avoir volontairement fomenté la haine contre un groupe identifiable, en contravention du par. 319(2) du *Code*. Au procès, le juge ^h Wren de la Cour de district n'était pas convaincu qu'il y avait [TRADUCTION] «quelque litige» quant à la constitutionnalité de ce paragraphe. Il a conclu en outre que les documents saisis constituaient visiblement une fomentation volontaire de la haine, même selon une définition stricte de cette expression.

La Cour d'appel, statuant sur le fond, a rejeté l'appel: (1988), 65 O.R. (2d) 161. Le juge Cory (maintenant juge à notre Cour) était d'avis que les formules employées par les appelants, qui, selon la

judge to have been expressing a sincerely held belief, came within the purview of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He added, however, that the prohibition provided by s. 319(2) of the *Criminal Code* is a reasonable limit upon the freedom of expression guaranteed by s. 2(b) which is demonstrably justified in a free and democratic society. In his view, the requirements of the section, that hatred and not some lesser emotion be promoted, and that the promotion be wilful, ensured that the section did not in any way restrict criticism of public institutions. Rather, the expression reached by the section was the very antithesis of the essential values—such as human dignity, equality, and respect for cultural identity—identified by this Court as being a guide to the interpretation of the *Charter*. Furthermore, to interpret the *Charter* so as to strike down a law aimed at preserving Canada's multicultural heritage by limiting in a reasonable way freedom of expression would be to construe the *Charter* in a manner prohibited by s. 27. Cory J.A. further stated that he disagreed with the conclusion of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Keegstra* (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1.

Grange J.A. agreed with the result arrived at by Cory J.A. He stated, however, that, in his view, s. 319(2) of the *Criminal Code* did not infringe s. 2(b) of the *Charter* and that it was unnecessary to justify the impugned section under s. 1.

In the view of Grange J.A., "freedom of expression" in the *Charter* was not intended to give constitutional protection to hate-mongering such as that of the appellants. He observed that freedom of expression has never been absolute but that it must be regarded in the light of the corresponding rights and freedoms of other persons. He added that s. 27 of the *Charter* reinforces his opinion that s. 2(b) offers no protection to the appellants' conduct. He, also, expressed his disagreement with the Alberta Court of Appeal decision in *Keegstra*. Furthermore, Grange J.A. stated that, if he were wrong in his conclusion that s. 2(b) is not infringed by s. 319(2) of the *Criminal Code*,

conclusion du juge du procès, exprimaient des croyances sincères, relevaient de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il ajoute toutefois que l'interdiction prévue au par. 319(2) du *Code criminel* est une restriction raisonnable de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b), restriction dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. À son avis, les exigences posées par le paragraphe en cause, savoir que ce soit la haine et non une émotion moins forte qui soit fomentée et que cette fomentation soit volontaire, font qu'il ne limite aucunement la critique des institutions publiques. Au contraire, l'expression visée par le paragraphe est aux antipodes des valeurs fondamentales—telles que la dignité humaine, l'égalité et le respect de l'identité culturelle—qui selon notre Cour, doivent servir de guide dans l'interprétation de la *Charte*. De plus, interpréter la *Charte* de façon à invalider une loi visant à préserver le patrimoine multiculturel du Canada par la restriction raisonnable de la liberté d'expression, serait donner à la *Charte* une interprétation interdite par l'art. 27. Le juge Cory exprime en outre son désaccord avec la conclusion de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. v. Keegstra* (1988), 60 Alta. L.R. (2d) 1.

Le juge Grange est d'avis de trancher l'appel de la même manière que le juge Cory. Il dit toutefois que, selon lui, le par. 319(2) du *Code criminel* ne viole pas l'al. 2b) de la *Charte* et qu'il n'est pas nécessaire de justifier la disposition attaquée en vertu de l'article premier.

De l'avis du juge Grange, la «liberté d'expression» garantie par la *Charte* n'a pas pour objet de faire bénéficier d'une protection constitutionnelle la fomentation de la haine pratiquée par les appellants. Il a fait remarquer que la liberté d'expression n'a jamais été absolue, mais qu'elle doit être considérée à la lumière des droits et libertés d'autrui, qui lui font pendant. Il ajoute que l'art. 27 de la *Charte* vient renforcer son opinion que l'al. 2b) ne donne aucune protection à la conduite des appelants. Le juge Grange exprime lui aussi son désaccord avec l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Keegstra*. Il dit en outre que, si sa conclusion que le par. 319(2) du *Code criminel*

he was in agreement with Cory J.A. as to the effect of s. 1 of the *Charter*.

Leave to appeal to this Court was granted, [1989] 1 S.C.R. v. The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on August 10, 1989:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?
3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Analysis

The issues raised in this case are identical to those in *Keegstra*, *supra*. For the reasons I gave in that case, and with the greatest of respect for the views so cogently expressed in the courts below, I am of the opinion that s. 319(2) must be struck down as an unjustifiable limit on the *Charter* guarantee of freedom of expression. In addition, for the reasons stated in *Keegstra*, s. 319(3)(a) infringes upon the right of an accused to be pre-

ne viole pas l'al. 2b) était erronée, il partagerait l'avis du juge Cory quant à l'effet de l'article premier de la *Charte*.

L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée, [1989] 1 R.C.S. v. Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge en chef Dickson le 10 août 1989:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Analyse

Les questions soulevées en l'espèce sont identiques à celles de l'affaire *Keegstra*, précité. Pour les motifs que j'ai exposés dans cette affaire, et avec la plus grande déférence pour les opinions exprimées avec tant de force par les tribunaux d'instance inférieure, j'estime que le par. 319(2) doit être invalidé pour le motif qu'il constitue une limite injustifiable imposée à la liberté d'expression garantie par la *Charte*. De plus, pour les motifs

sumed innocent, and is not saved by s. 1. I would accordingly allow the appeal, and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of freedom of expression as guaranteed under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(2) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

3. Is s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) an infringement of the right to be presumed innocent, as guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If s. 281.2(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34 (now s. 319(3)(a) of the *Criminal Code* of Canada, R.S.C., 1985, c. C-46) is an infringement of s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, can it be upheld under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

Answer: No.

Appeal dismissed, LA FOREST, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellants: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

que j'ai exposés dans l'arrêt *Keegstra*, l'al. 319(3)a) viole la présomption d'innocence, et n'est pas sauvegardé par l'article premier. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi et de donner aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant le par. 319(2) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

3. L'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte-t-il atteinte au droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

4. Si l'alinéa 281.2(3)a) du *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant l'al. 319(3)a) du *Code criminel* du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-46) porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs des appelants: Carter, McCombs & Minden, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Marise Visocchi and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Solicitors for the intervener Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Kathleen Mahoney, Calgary; Code, Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le ministère du Procureur général, Toronto.

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

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Marise Visocchi et Gilles Laporte, Ste-Foy.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada: Cooper, Sandler & West, Toronto.

Procureurs de l'intervenant Interamicus: Ahern, Lalonde, Nuss, Drymer, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Kathleen Mahoney, Calgary; Code, Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

John Ross Taylor and the Western Guard Party *Appellants*

v.

Canadian Human Rights Commission and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Jewish Congress, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Holocaust Remembrance Association and the Canadian Civil Liberties Association *Interveners*

INDEXED AS: CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)
v. TAYLOR

File No.: 20462.

1989: December 4; 1990: December 13.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Hate messages — Federal human rights legislation prohibiting telephonic messages likely to expose a person or a group to hatred or contempt — Whether federal legislation infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Federal human rights legislation prohibiting telephonic messages likely to expose a person or a group to hatred or contempt — Whether federal legislation too vague to constitute a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).

* Chief Justice at the time of hearing.

John Ross Taylor et le Western Guard Party *Appelants*

c.

^a **Commission canadienne des droits de la personne et le procureur général du Canada** *Intimés*

et

^b **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, la Canadian Holocaust Remembrance Association et l'Association canadienne des libertés civiles** *Intervenants*

^d RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) c. TAYLOR

N° du greffe: 20462.

^e 1989: 4 décembre; 1990: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

^f EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Propagande haineuse — Loi fédérale sur les droits de la personne interdisant les messages téléphoniques susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris — La loi fédérale viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Loi fédérale sur les droits de la personne interdisant les messages téléphoniques susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris — La loi fédérale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).

* Juge en chef à la date de l'audition.

Administrative law — Natural justice — Apprehension of bias — Waiver — Human rights tribunal — Appointment procedure — Whether failure to raise bias at outset of proceedings amounting to waiver.

The appellants distributed cards inviting calls to a telephone number answered by recorded messages. The messages, while in part arguably innocuous, contained statements denigrating the Jewish race and religion. In 1979, complaints about these messages were lodged with the Canadian Human Rights Commission. The Commission established a tribunal which concluded that the messages constituted a discriminatory practice under s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* and ordered the appellants to cease the practice. The section makes it a discriminatory practice to communicate telephonically any matter likely to expose a person or a group to hatred or contempt on the basis, *inter alia*, of race or religion. Pursuant to the Act, the cease and desist order was filed in the Federal Court. No proceedings were taken by the appellants to have the order set aside. In spite of the order, the appellants continued their messages and were found in contempt of the order. The Party was sentenced to a \$5,000 fine and T, the Party's leader, to one year of imprisonment. The sentence was suspended upon the condition that the appellants obey the Tribunal's cease and desist order. They did not and the suspension of sentence was vacated. The Party paid its fine and T served his sentence. In 1983, the Canadian Human Rights Commission filed a new application with the Federal Court, alleging that further messages were being transmitted and that these messages also breached the Tribunal's order. The Commission sought a new order of committal of T and a \$5,000 fine against the Party. Relying on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, the appellants argued that s. 13(1) of the Act violated s. 2(b) of the *Charter*, and that the Tribunal's cease and desist order was of no effect. The Federal Court, Trial Division rejected the argument, confirmed the contempt, imposed the fine and made the committal order sought by the Commission. The appellants' appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed. This appeal is to determine (1) whether s. 13(1) of the Act and the Tribunal's cease and desist order violate s. 2(b) of the *Charter*; and (2) whether the Tribunal's cease and desist order is invalid because of bias. The allegation of bias, raised for the first time before the Federal Court of Appeal, arises from the fact that the Tribunal was

Droit administratif — Justice naturelle — Crainte de partialité — Renonciation — Tribunal des droits de la personne — Procédure de constitution du Tribunal — L'omission de soulever la partialité au commencement de l'instance équivaut-elle à une renonciation?

Les appelants ont distribué des cartes qui invitaient à composer un numéro de téléphone qui faisait entendre des messages enregistrés. Ces messages, que l'on pourrait prétendre inoffensifs en partie, contenaient des déclarations dénigrant la race et la religion juives. En 1979, des plaintes relatives à ces messages ont été portées devant la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission a établi un tribunal qui a conclu que les messages constituaient un acte discriminatoire visé au par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et a ordonné aux appelants de cesser cet acte. Suivant ce paragraphe, constitue un acte discriminatoire le fait d'utiliser un téléphone pour aborder des questions susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris fondés notamment sur la race ou la religion. Conformément à la Loi, l'ordonnance d'interdit a été déposée à la Cour fédérale. Les appelants n'ont engagé aucune action en annulation de cette ordonnance et, en dépit de celle-ci, ils ont continué à transmettre leurs messages et ont été déclarés coupables d'outrage au tribunal. Le parti a été condamné à une amende de 5 000 \$ et T, le chef du parti, à un an d'emprisonnement. On a toutefois suspendu l'exécution de ces peines, à condition que les appelants obéissent à l'ordonnance rendue par le Tribunal. Comme ils n'y ont pas obtempéré, la suspension de l'exécution des peines a été annulée. Le parti a donc payé l'amende et T a purgé sa peine. En 1983, alléguant que d'autres messages avaient été transmis et que ces messages violaient eux aussi l'ordonnance du Tribunal, la Commission canadienne des droits de la personne a saisi la Cour fédérale d'une nouvelle demande. Elle a demandé qu'une nouvelle ordonnance d'incarcération soit rendue contre T et que le parti soit condamné à une amende de 5 000 \$. Invoquant la *Charte canadienne des droits et libertés*, les appelants ont fait valoir que le par. 13(1) de la Loi enfreignait l'al. 2b) de la *Charte* et que l'ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal était inopérante. La Division de première instance de la Cour fédérale a rejeté cet argument, confirmé la déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal, infligé l'amende et rendu l'ordonnance d'incarcération sollicitées par la Commission. L'appel des appelants à la Cour d'appel fédérale a été rejeté. Le pourvoi vise à déterminer (1) si le par. 13(1) de la Loi et l'ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal violent l'al. 2b) de la *Charte*, et (2) si l'ordonnance du Tribunal est invalide pour cause de partialité. L'alléguation de partialité, avancée pour la première fois

appointed by the Commission, the latter being a body intimately connected with investigating and substantiating the complaint.

Held (La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part): The appeal should be dismissed. Section 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* is constitutional.

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.: The activity described by s. 13(1) of the Act is protected by s. 2(b) of the *Charter*. Where an activity conveys or attempts to convey a meaning, through a non-violent form of expression, it has expressive content and thus falls within the scope of the word "expression" as found in the guarantee. The type of meaning conveyed is irrelevant. Section 2(b) protects all content of expression. In enacting s. 13(1), Parliament sought to restrict expression by singling out for censure particular conveyances of meaning. Section 13(1), therefore, represents an infringement of s. 2(b).

Hate propaganda messages against identifiable groups, such as the ones dealt with by s. 13(1), do not fall within the ambit of a possible s. 2(b) exception concerning expression manifested in a violent form. This exception speaks only of physical forms of violence, and extends neither to analogous types of expression nor to mere threats of violence.

Section 13(1) of the Act, which is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*, constitutes a reasonable limit upon freedom of expression. First, Parliament's objective of promoting equal opportunity unhindered by discriminatory practices, and thus of preventing the harm caused by hate propaganda, is of sufficient importance to warrant overriding a constitutional freedom. Hate propaganda presents a serious threat to society. It undermines the dignity and self-worth of target group members and, more generally, contributes to disharmonious relations among various racial, cultural and religious groups, as a result eroding the tolerance and open-mindedness that must flourish in a multicultural society which is committed to the idea of equality. The international commitment to eradicate hate propaganda and Canada's commitment to the values of equality and multiculturalism enshrined in ss. 15 and 27 of the *Charter* magnify the weightiness of Parliament's objective in enacting s. 13(1).

devant la Cour d'appel fédérale, procède de ce que le Tribunal a été constitué par la Commission qui s'occupe directement de l'enquête sur la plainte et de la vérification de son bien-fondé.

Arrêt (les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie): Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est constitutionnel.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier: L'activité visée au par. 13(1) de la Loi bénéficie de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsqu'une activité transmet ou tente de transmettre une signification par une forme d'expression non violente, elle a un contenu expressif et relève en conséquence du champ du mot «expression» utilisé dans la garantie. Le type de signification transmise n'a aucune pertinence. L'alinéa 2b) protège tout le contenu de l'expression. En adoptant le par. 13(1), le Parlement a tenté de limiter l'expression en exposant à la censure des transmissions particulières de messages. Le paragraphe 13(1) porte donc atteinte à l'al. 2b).

Les messages, qui sont destinés à fomenter la haine contre des groupes identifiables, comme ceux visés au par. 13(1), ne relèvent pas de l'exception possible à l'al. 2b) que pourrait constituer l'expression se manifestant sous une forme de violence. Cette exception ne comprend que la violence physique et ne s'étend ni aux types analogues d'expression ni à de simples menaces de violence.

Le paragraphe 13(1) de la Loi, qui est d'une précision suffisante pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*, impose une limite raisonnable à la liberté d'expression. En premier lieu, l'objectif visé par le législateur fédéral, à savoir celui d'assurer l'égalité des chances indépendamment de considérations à caractère discriminatoire et de prévenir ainsi le préjudice découlant de la propagande haineuse, revêt une importance suffisante pour justifier qu'il soit porté atteinte à une liberté garantie par la Constitution. La propagande haineuse présente une menace grave pour la société. Elle porte atteinte à la dignité et à l'estime de soi des membres du groupe cible et, d'une façon plus générale, contribue à semer la discorde entre différents groupes raciaux, culturels et religieux, minant ainsi la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité. L'engagement international envers l'élimination de la propagande haineuse ainsi que celui du Canada envers les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme, qui se trouvent consacrées aux art. 15 et 27 de la *Charte*, servent à mettre en relief l'importance de l'objectif visé par le législateur fédéral quand il a adopté le par. 13(1).

Second, s. 13(1) of the Act is proportionate to the government's objective. The section is rationally connected to the aim of restricting activities antithetical to the promotion of equality and tolerance in society. When conjoined with the remedial provisions of the Act, s. 13(1) operates to suppress hate propaganda and its harmful consequences. It also reminds Canadians of our fundamental commitment to equality of opportunity and the eradication of racial and religious intolerance. The fact that the international community considers such laws to be an important weapon against racial and religious intolerance strongly suggests that s. 13(1) cannot be viewed as ineffectual.

The guarantee of freedom of expression is not unduly impaired by s. 13(1). The section is not overbroad or excessively vague. Its terms, in particular the phrase "hatred or contempt", are sufficiently precise and narrow to limit its impact to those expressive activities which are repugnant to Parliament's objective. The phrase "hatred or contempt" in the context of s. 13(1) refers only to unusually strong and deep-felt emotions of detestation, calumny and vilification and, as long as human rights tribunals continue to be well aware of the purpose of s. 13(1) and pay heed to the ardent and extreme nature of feeling described in that phrase, there is little danger that subjective opinion as to offensiveness will supplant the proper meaning of the section. The absence in the Act of an interpretative provision to protect freedom of expression does not create in s. 13(1) an overly wide scope, for both its purpose and the common law's traditional desire to protect expressive activity permit an interpretation solicitous of this important freedom. Further, the absence of an intent component in s. 13(1) raises no problem of minimal impairment when one considers that the objective of the section requires an emphasis upon discriminatory effects. As in other human rights legislation, an intent to discriminate is not a precondition of a finding of discrimination. To import a subjective intent requirement into human rights provisions, rather than allowing tribunals to focus solely upon effects, would defeat one of the primary goals of anti-discrimination statutes. As for the possibility that imprisonment will be imposed upon an individual by way of a contempt order, intent is far from irrelevant in this regard, subjective awareness of the likely effect of one's message being a necessary precondition for the issuance of such an order by the Federal Court. Furthermore, the fact that s. 13(1) does not contain an exemption for truthful statements does not give it a fatally broad scope. Such an exemption is not mandated by the *Charter* in the context of s. 13(1).

En second lieu, le par. 13(1) de la Loi est proportionnel à l'objectif visé par le gouvernement. Il a un lien rationnel avec l'objectif consistant à limiter les activités qui s'opposent à la promotion de l'égalité et de la tolérance dans la société. Quand on y joint les dispositions réparatrices de la Loi, le par. 13(1) joue de manière à supprimer la propagande haineuse et à écarter ses conséquences préjudiciables. Il sert en outre à rappeler aux Canadiens notre engagement fondamental envers l'égalité des chances et l'élimination de l'intolérance raciale et religieuse. Le fait que la communauté internationale considère de telles lois comme une arme importante pour combattre l'intolérance raciale et religieuse laisse fortement entendre que le par. 13(1) ne peut être considéré comme inefficace.

Le paragraphe 13(1) ne limite pas indûment la garantie de la liberté d'expression. Sa portée n'est pas trop large et il n'est pas excessivement vague. Ses dispositions, plus précisément les termes «haine [ou] mépris», sont assez précises et restrictives pour limiter son effet aux activités d'expression qui sont contraires à l'objectif poursuivi par le législateur. Dans le contexte du par. 13(1), les termes «haine [ou] mépris» ne visent que des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation, et tant que les tribunaux des droits de la personne demeureront bien conscients de l'objet du par. 13(1) et qu'ils tiendront compte de la nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par ces termes, il y a peu de danger qu'une opinion subjective quant au caractère offensant ne vienne se substituer à la véritable signification du paragraphe en cause. L'absence dans la Loi d'une disposition d'interprétation qui protégerait la liberté d'expression ne donne pas au par. 13(1) une portée trop large parce que l'objet de ce paragraphe ainsi que le souci traditionnel de la common law de protéger les activités d'expression permettent de l'interpréter d'une manière qui respecte cette importante liberté. De plus, l'absence de l'élément d'intention au par. 13(1) ne soulève aucun problème en matière d'atteinte minimale si l'on considère que l'objectif de cette disposition exige de mettre l'accent sur les effets discriminatoires. Comme dans les autres codes des droits de la personne, l'intention d'établir une distinction n'est pas une condition préalable à la conclusion de discrimination. Inclure dans les dispositions relatives aux droits de la personne l'exigence subjective de l'intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l'un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination. Quant à la possibilité que quelqu'un soit emprisonné par suite d'une ordonnance d'outrage au tribunal, l'intention est loin d'être sans pertinence à cet égard, la

Finally, by focusing upon "repeated" telephonic messages, s. 13(1) directs its attention to public, larger-scale schemes for the dissemination of hate propaganda, the very type of phone use which most threatens the aim underlying the Act.

The effects of s. 13(1) upon freedom of expression are not so deleterious as to make intolerable its existence in a free and democratic society. The section furthers a government objective of great significance and impinges upon expression exhibiting only tenuous links with the values underlying the freedom of expression guarantee. Hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. Moreover, operating in the context of the procedural and remedial provisions of the Act, s. 13(1) plays a minimal role in the imposition of moral, financial or incarceratory sanctions, the primary goal being to act directly for the benefit of those likely to be exposed to the harms caused by hate propaganda.

Assuming that the *Charter* applies to the Tribunal's cease and desist order, the latter does not unjustifiably infringe s. 2(b) of the *Charter*. Read in the context of the Tribunal's expansive reasons, the order was not too vague and obscure to enable the appellants to be held in contempt for failure to abide by its terms. The Tribunal's reasons are emphatically clear in describing the subject-matter found to constitute a discriminatory practice.

The failure of the appellants to raise the issue of bias in a timely fashion constituted a waiver of the right to challenge the jurisdiction of the Tribunal on that ground. Bias must be alleged at the earliest practical opportunity. Here, the issue had not been raised until the hearing before the Federal Court of Appeal, almost eight years after the Tribunal's order was rendered. In any event, since the appellants did not challenge the

connaissance subjective de l'effet probable des messages diffusés étant une condition préalable à la délivrance par la Cour fédérale d'une ordonnance d'outrage. En outre, le fait que le par. 13(1) ne renferme pas d'exception pour les déclarations véridiques ne lui donne pas une portée trop large. Une telle exception n'est pas exigée par la *Charte* dans le contexte du par. 13(1). Enfin, en insistant sur la «répétition» des messages téléphoniques, le par. 13(1) vise la dissémination publique et de grande envergure de la propagande haineuse, soit le type même d'utilisation du téléphone qui menace le plus la réalisation de l'objet de la Loi.

Les effets du par. 13(1) sur la liberté d'expression ne sont pas si dommageables qu'ils rendent son existence intolérable dans une société libre et démocratique. Le paragraphe vise un objectif gouvernemental d'une grande importance et limite une expression qui n'a que des liens ténus avec le fondement de la garantie de la liberté d'expression. La propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. De plus, puisqu'il s'applique dans le contexte des dispositions de la Loi relatives à la procédure et aux dispositions réparatrices, le par. 13(1) a peu d'effet sur l'imposition de sanctions morales, financières ou d'incarcération, son but premier étant de profiter directement à ceux qui sont susceptibles d'être exposés aux maux de la propagande haineuse.

Même dans l'hypothèse où la *Charte* s'appliquerait à l'ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal, celle-ci ne viole pas d'une manière injustifiable l'al. 2b) de la *Charte*. Interprétée dans le contexte des longs motifs du Tribunal, l'ordonnance n'est ni trop vague ni trop obscure pour que les appelants puissent être déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir omis de s'y conformer. Les motifs du Tribunal désignent très clairement ce qui constitue une pratique discriminatoire.

L'omission des appelants de soulever la question de la partialité en temps opportun constitue une renonciation au droit de contester pour ce motif la compétence du Tribunal. La partialité doit être invoquée à la première occasion où il est pratique de le faire. En l'espèce, cette question n'a été soulevée qu'à l'audience en Cour d'appel fédérale, soit presque huit ans après que le Tribunal eut rendu son ordonnance. De toute façon, puisque les appe-

legitimacy of the Tribunal order directly, they could not attack it collaterally in the contempt proceeding. The appellants are bound by the cease and desist order and must obey it while it remains in force, regardless of how flawed it may be.

Per La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting in part): Section 13(1) of the Act infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. Where, as in this case, an activity conveys or attempts to convey a meaning or message through a non-violent form of expression, this activity falls within the sphere of the conduct protected by s. 2(b). This section protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed. In enacting s. 13(1), Parliament intended to control attempts to convey a meaning by restricting the content of expression. The section does not prohibit communication by telephone. Rather, it regulates the content of such communications. Section 13(1), therefore, imposes a limit on s. 2(b).

Section 13(1) of the Act is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. By using the same wording as is found in the common law in defamation cases, Parliament has provided an intelligible standard for the Tribunal to apply.

Section 13(1) of the Act does not constitute a reasonable limit upon freedom of expression. While the legislative objectives of preventing discrimination and of promoting social harmony and individual dignity are of sufficient importance in our multicultural society to warrant overriding a constitutional freedom, s. 13(1) fails to meet the proportionality test.

First, s. 13(1) of the Act is not carefully tailored to its aims and lacks a rational connection with its objectives. While it is well designed to minimize many of the undesirable aspects of curbing free expression and its approach to curbing hate propaganda is far more appropriate than the all or nothing approach inherent in criminalization of such expression, s. 13(1) is too broad and too invasive and catches more expressive conduct than can be justified by its objectives. The use of the words "hatred" and "contempt", which are vague, subjective and susceptible of a wide range of meanings, extends the scope of s. 13(1) to cover expression presenting little threat of fostering hatred or discrimination.

lants n'ont pas contesté directement la validité de l'ordonnance du Tribunal, ils ne peuvent le faire indirectement dans la procédure pour outrage. Les appelants doivent se soumettre à l'ordonnance d'interdit tant que celle-ci reste en vigueur, quelque imparfaite qu'elle puisse être.

Les juges La Forest, Sopinka et McLachlin (dissidents en partie): Le paragraphe 13(1) de la Loi porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*. Lorsque, comme en l'espèce, une activité transmet ou tente de transmettre une signification ou un message par une forme d'expression non violente, cette activité relève de la sphère des conduites protégées par l'al. 2b). Celui-ci protège tout le contenu de l'expression sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre. Le Parlement a adopté le par. 13(1) avec l'intention de contrôler les tentatives de transmettre un message en restreignant le contenu de l'expression. Ce paragraphe n'interdit pas les communications téléphoniques mais sert plutôt à réglementer le contenu de telles communications. Il s'ensuit donc que le par. 13(1) impose une restriction à l'al. 2b).

Le paragraphe 13(1) est d'une précision suffisante pour constituer une restriction prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. En reprenant le langage de la common law en matière de diffamation, le Parlement a établi une norme intelligible pouvant être appliquée par le Tribunal.

Le paragraphe 13(1) de la Loi ne constitue pas une restriction raisonnable de la liberté d'expression. Bien que les objectifs législatifs de la prévention de la discrimination et de l'encouragement de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle revêtent dans notre société multiculturelle une importance suffisante pour justifier qu'ils l'emportent sur une liberté garantie par la Constitution, le par. 13(1) ne satisfait pas au critère de proportionnalité.

En premier lieu, le par. 13(1) de la Loi n'est pas soigneusement adapté à la réalisation de ses objets et n'a pas de lien rationnel avec ceux-ci. S'il est bien conçu pour réduire au minimum beaucoup des aspects peu souhaitables de la restriction de la liberté d'expression et que sa façon de freiner la propagande haineuse soit bien préférable au tout ou rien de la criminalisation de cette expression, le par. 13(1) a une portée excessive, est trop envahissant et vise davantage de conduite expressive que ne le justifient ses objets. L'emploi des termes «haine» et «mépris», qui sont vagues et subjectifs et qui peuvent admettre une large gamme d'acceptions, a pour effet d'élargir la portée du par. 13(1) de manière à englober

The absence of any requirement of intent or foreseeability of the actual promotion of hatred or contempt further broadens the scope of s. 13(1). Without a proof of harm or actual discrimination, s. 13(1) could well reach speech which is in fact anti-discriminatory. Finally, while the chilling effect of human rights legislation is likely to be less significant than that of a criminal prohibition, the vagueness of the law may deter more conduct than can legitimately be targeted.

Second, s. 13(1) does not interfere as little as possible with freedom of expression. No serious attempt was made to strike an appropriate balance between furthering equality and safeguarding free expression. There is no provision in the Act which protects freedom of expression. Section 13(1) simply applies to all expression "likely to expose a person or persons to hatred or contempt". Moreover, the overbreadth of the section, the absence of defences, in particular an exemption for truthful statements, and the inclusion of private communications between consenting individuals within the scope of s. 13(1) illustrate the significance of the infringement of the rights of the individual effected by s. 13(1). The section goes well beyond what can be defended as a reasonable limit on free speech justified by the need to combat discrimination against members of particular groups.

Third, the benefits to be secured by s. 13(1) of the Act fall short of outweighing the seriousness of the infringement which the section effects on freedom of expression. The limitation touches expression which may be relevant to social and political issues. Free expression on such matters has long been regarded as fundamental to the working of a free democracy and to the maintenance and preservation of our most fundamental freedoms. Such a limitation must be proportionate to the evil and sensitive to the need to preserve as much freedom of expression as may be compatible with suppressing that evil. Under s. 13(1), it is far from clear that the measure, broad as it is, is calculated to significantly diminish the evils of group discrimination.

The unconstitutionality of a law upon which a court order is based does not excuse a refusal to obey the

l'expression qui ne risque que dans une faible mesure de favoriser la haine ou la discrimination. L'absence de toute exigence qu'il y ait une intention de fomenter en fait la haine ou le mépris ou de la prévisibilité de cette conséquence vient élargir davantage la portée du paragraphe 13(1). En l'absence d'une preuve d'un préjudice ou d'une discrimination réelle, le par. 13(1) pourrait bien s'appliquer en fait à l'expression qui est antidiscriminatoire. Finalement, bien que l'effet paralysant de lois en matière de droits de la personne soit probablement moindre que celui d'une interdiction criminelle, l'imprécision de la Loi a pour conséquence qu'elle pourrait décourager plus de conduite que ne le justifient ses objectifs.

En deuxième lieu, le par. 13(1) ne porte pas le moins possible atteinte à la liberté d'expression. Il n'y a eu aucune tentative sérieuse d'établir un juste équilibre entre la promotion de l'égalité et la sauvegarde de la liberté d'expression. La Loi ne contient aucune disposition protégeant la liberté d'expression. Le paragraphe 13(1) s'applique simplement à toute expression «susceptible[...] d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe». De plus, la portée excessive du paragraphe, l'absence de moyens de défense sous la forme notamment d'une exception à l'égard des déclarations véridiques, et l'inclusion dans la portée du par. 13(1) de communications privées entre des particuliers consentants mettent en lumière la gravité de l'atteinte portée aux droits du particulier par le par. 13(1). Ce paragraphe va au-delà de ce qui peut être défendu à titre de restriction raisonnable de la liberté d'expression justifiée par la nécessité de combattre la discrimination envers les membres de groupes particuliers.

En troisième lieu, les avantages pouvant découler du par. 13(1) de la Loi ne l'emportent pas sur la gravité de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression. La restriction touche l'expression qui peut être pertinente relativement à des questions sociales et politiques. La liberté d'expression en ce qui concerne ces questions est depuis longtemps considérée comme essentielle au bon fonctionnement d'une démocratie libre et au maintien et à la sauvegarde de nos libertés les plus fondamentales. Une telle restriction doit être proportionnée au mal et doit tenir compte de la nécessité de conserver le degré de liberté d'expression qui peut être compatible avec la suppression de ce mal. Dans le cas du par. 13(1), il n'est pas évident que cette mesure, si large que soit sa portée, est de nature à réduire sensiblement les maux de la discrimination contre des groupes.

L'inconstitutionnalité d'une loi sur laquelle repose une ordonnance rendue par une cour ne justifie pas le refus

order. Even an invalid court order must be followed until it is set aside by legal process. Since s. 13(1) of the Act is unconstitutional, it follows that the Tribunal's cease and desist order rendered pursuant to that section should be quashed. The effective date of the quashing of the order, however, must be the date that this judgment is issued. For the purposes of the contempt proceedings, the order must be considered to be valid until that date. Thus, the ultimate invalidity of the order was not a defence to the contempt citation and the appellants' convictions following the 1983 complaint must be affirmed. Since the wisdom or validity of the initial decree is a relevant consideration in determining the appropriate sanction, T's sentence should be reduced to three months' imprisonment.

Appellants' contention that the findings of the Human Rights Tribunal were flawed because of an apprehension of bias must be rejected. The appellants raised this issue several years after the initial hearing. By failing to raise the issue at the outset of the proceedings, the appellants must be deemed to have impliedly waived any right to allege bias.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Ltd.*, [1986] 1 F.C. 103; **distinguished:** *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; **referred to:** *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Rasheed v. Bramhill* (1980), 2 C.H.R.R. D/249; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Re Sheppard and Sheppard* (1976), 67 D.L.R. (3d) 592; *Canada Metal Co. v.*

d'obtempérer à cette ordonnance. On doit obéir même à une ordonnance judiciaire invalide tant qu'elle n'est pas annulée par les voies de justice. Vu l'inconstitutionnalité du par. 13(1) de la Loi, il s'ensuit que l'ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal en vertu de ce paragraphe doit être annulée. L'annulation ne prend toutefois effet qu'à partir de la date où le présent arrêt est rendu. Pour les fins des procédures pour outrage au tribunal, l'ordonnance doit être considérée comme valide jusqu'à cette date. Par conséquent, l'invalidité éventuelle de l'ordonnance ne constitue pas un moyen de défense opposable à la déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal et les déclarations de culpabilité intervenues contre les appelants à la suite de la plainte portée en 1983 doivent être confirmées. Comme la sagesse ou la validité de l'ordonnance primitive est une considération pertinente dans la détermination de la sanction appropriée, il y a lieu de réduire à trois mois d'emprisonnement la peine de T.

L'argument des appelants selon lequel les conclusions du Tribunal des droits de la personne ont été viciées en raison d'une crainte de partialité doit être rejeté. Les appelants ont soulevé cette question plusieurs années après l'audience initiale. Comme ils ne l'ont pas soulevée au début de l'instance, les appelants doivent être réputés avoir renoncé implicitement à tout droit d'alléguer la partialité.

Jurisprudence

f Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts appliqués: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Ltée*, [1986] 1 C.F. 103; **distinction d'avec l'arrêt:** *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; **arrêts mentionnés:** *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75; *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097; *Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450; *Rasheed v. Bramhill* (1980), 2 C.H.R.R. D/249; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*,

Canadian Broadcasting Corp. (No. 2) (1974), 4 O.R. (2d) 585; Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561.

By McLachlin J. (dissenting in part)

R. v. Keegstra, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Ltd.*, [1986] 1 F.C. 103; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967); *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 15, 24(1), 27.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, ss. 2 [rep. & sub. 1980-81-82-83, c. 111, s. 5 (Schedule IV, item 1); *idem*, c. 143, ss. 1, 28(3)], 13(1), 32 [am. *idem*, s. 15], 35(1), (2), 37, 39(1), 40(1), 41(1), (2) [am. *idem*, s. 20], 42, 43(1), (2).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 319(2), (3).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 (1950).
Human Rights Act, S.N.S. 1969, c. 11, s. 12.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171 (1966), Art. 20.
International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Can. T.S. 1970 No. 28, Art. 4.

Authors Cited

Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now!* Ottawa: Supply and Services, 1984.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. *Hate Propaganda*. Ottawa: The Commission, 1986.

[1987] 1 R.C.S. 1114; *Re Sheppard and Sheppard* (1976), 67 D.L.R. (3d) 592; *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585; Comm. Eur. D. H., Requête n° 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561.

b Citée par le juge McLachlin (dissidente en partie)

R. c. Keegstra, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Ltée*, [1986] 1 C.F. 103; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967); *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Lois et règlements cités

e *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2b), 15, 24(1), 27.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 319(2), (3).
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 (1950).
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 n° 28, art. 4.
g *Human Rights Act*, S.N.S. 1969, ch. 11, art. 12.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 2 [abr. & rempl. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 5 (annexe IV, art. 1); *idem*, ch. 143, art. 1, 28(3)], 13(1), 32 [mod. *idem*, art. 15], 35(1), (2), 37 [idem, art. 17], 39(1), 40(1), 41(1), (2) [idem, art. 20], 42, 43(1), (2).
h *Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171 (1966), art. 20.

i **Doctrine citée**

Association du Barreau canadien. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984.
 Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société cana-

Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Canadian Bar Association. *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*. By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984.

McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Books Ltd., 1983.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "hatred".

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 3 F.C. 593, 37 D.L.R. (4th) 577, 29 C.R.R. 222, 78 N.R. 180, 9 C.H.R.R. D/4929, affirming a judgment of the Trial Division (1984), 6 C.H.R.R. D/2595. Appeal dismissed, La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting in part.

Douglas H. Christie, for the appellants.

Russell G. Juriansz and *Paul B. Schabas*, for the respondent the Canadian Human Rights Commission.

D. Martin Low, Q.C., *Stephen B. Sharzer*, for the respondent the Attorney General of Canada.

No one appeared for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and *Marise Visocchi*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Aaron Berg and *Deborah Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Neil Finkelstein, for the intervener the Canadian Jewish Congress.

David Matas, for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada.

Kathleen Mahoney and *Linda A. Taylor*, for the intervener the Women's Legal Education And Action Fund.

Michael A. Penny, for the intervener the Canadian Holocaust Remembrance Association.

dienne. *L'égalité ça presse!* Ottawa: Approvisionnement et Services, 1984.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. *La propagande haineuse*. Ottawa: La Commission, 1986.

^a Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.

McAlpine, John D. *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, 1981.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Books Ltd., 1983.

Shorter Oxford English Dictionary, 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, «hatred».

^e POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 3 C.F. 593, 37 D.L.R. (4th) 577, 29 C.R.R. 222, 78 N.R. 180, 9 C.H.R.R. D/4929; qui a confirmé une décision de la Division de première instance (1984), 6 C.H.R.R. D/2595. ^a Pourvoi rejeté, les juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents en partie.

Douglas H. Christie, pour les appelants.

^e *Russell G. Juriansz* et *Paul B. Schabas*, pour l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne.

^f *D. Martin Low, c.r.*, et *Stephen B. Sharzer*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

^g *Jean Bouchard* et *Marise Visocchi*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Aaron Berg et *Deborah Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

^h *Neil Finkelstein*, pour l'intervenant le Congrès juif canadien.

ⁱ *David Matas*, pour l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada.

Kathleen Mahoney et *Linda A. Taylor*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

^j *Michael A. Penny*, pour l'intervenante la Canadian Holocaust Remembrance Association.

Marc Rosenberg, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—Section 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-1977, c. 33, provides that:

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

Prohibited grounds of discrimination are set out in s. 2 of the Act, and include (though are not restricted to) race, national or ethnic origin, colour and religion.

The primary issue in this appeal is whether s. 13(1), in so far as it restricts the communication of certain telephone messages, violates the “freedom of expression” as guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition, a similar challenge has been launched against a cease and desist order made by the Canadian Human Rights Tribunal pursuant to s. 13(1) and associated remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*. A minor question is also raised with respect to a reasonable apprehension of bias in the Tribunal, though not in the *Charter* context. Both constitutional issues concern the dissemination of “hate propaganda”, a term which I use for convenience to denote expression intended or likely to circulate extreme feelings of opprobrium and enmity against a racial or religious group.

In this case, as in the companion appeals of *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, and *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870, a number of interveners were granted leave to file submissions and to present oral argument. The Attorneys General of Ontario,

Marc Rosenberg, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-1977, ch. 33, dispose:

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite.

Les motifs prohibés de discrimination sont énoncés à l'art. 2 de la Loi et comprennent notamment la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur et la religion.

La question principale soulevée par le présent pourvoi est de savoir si le par. 13(1), dans la mesure où il limite la communication de certains messages par téléphone, porte atteinte à la «liberté d'expression» garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En outre, on conteste sur le même fondement une ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne en vertu du par. 13(1) et de dispositions réparatrices connexes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*. Une autre question mineure est soulevée en ce qui concerne une crainte raisonnable de partialité de la part du Tribunal, mais pas dans le contexte de la *Charte*. Les deux questions constitutionnelles concernent la diffusion de «propagande haineuse», une expression que j'utilise pour désigner l'expression destinée à disséminer des sentiments extrêmes d'opprobre et d'inimitié contre un groupe racial ou religieux.

En l'espèce, comme dans les pourvois connexes *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, et *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, plusieurs intervenants ont reçu l'autorisation de présenter des mémoires et des arguments oraux. Les procureurs

Quebec and Manitoba, the Canadian Holocaust Remembrance Association, the Canadian Jewish Congress, the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada, and the Women's Legal Education and Action Fund have intervened in support of the impugned statutory provision and order. The Canadian Civil Liberties Association has intervened for the purpose of arguing that the provision and order are constitutionally invalid.

I. Facts

In 1979, the Human Rights Tribunal (hereinafter "the Tribunal") heard a number of complaints lodged under the *Canadian Human Rights Act* against the two appellants, Mr. John Ross Taylor and the Western Guard Party. The complaints, brought by the respondent Canadian Human Rights Commission (hereinafter "the Commission"), alleged that the appellants had contravened the Act by engaging in a discriminatory practice as defined in s. 13(1), specifically, the telephonic communication of matter that is likely to expose persons identifiable on the basis of race and religion to hatred or contempt.

Evidence given at the hearing disclosed that the appellants had instituted a telephone message service in Toronto whereby any member of the public could dial a telephone number and listen to a pre-recorded message of approximately one minute in length. Over a two-year period beginning in mid-1977, thirteen different messages had been disseminated in this fashion, each one having been drafted and recorded by Mr. Taylor, the acknowledged leader of the Western Guard Party. After considering these communications in some detail, the Tribunal summarized the import of their message as follows:

Although many of these messages are difficult to follow, there is a recurring theme. There is a conspiracy which controls and programmes Canadian society; it is difficult to find out the truth about this conspiracy because our books, our schools and our media are controlled by the conspirators. The conspirators cause unemployment and inflation; they weaken us by encouraging perversion, laziness, drug use and race mixing. They become enriched by stealing our property.

généraux de l'Ontario, du Québec et du Manitoba, la Canadian Holocaust Remembrance Association, le Congrès juif canadien, la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada, ainsi que le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes sont intervenus au soutien de la disposition législative et de l'ordonnance contestées. L'Association canadienne des libertés civiles pour sa part est intervenue pour faire valoir l'inconstitutionnalité de la disposition et de l'ordonnance.

I. Les faits

En 1979, le Tribunal des droits de la personne (ci-après «le Tribunal») a entendu plusieurs plaintes portées en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* contre les deux appelants, M. John Ross Taylor et le Western Guard Party. Les plaintes, dont l'auteur était l'intimée, la Commission canadienne des droits de la personne (ci-après «la Commission»), faisait grief aux appelants d'avoir enfreint la Loi en commettant l'acte discriminatoire visé au par. 13(1), plus précisément, en communiquant par téléphone des messages susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris des personnes identifiables sur la base de leur race ou de leur religion.

D'après la preuve produite à l'audience, les appelants avaient établi à Toronto un service de messages téléphoniques grâce auquel n'importe qui pouvait composer un numéro de téléphone et écouter un message enregistré d'une durée d'environ une minute. Au cours d'une période de deux ans à compter de la mi-1977, treize messages différents ont été ainsi diffusés, chacun rédigé et enregistré par M. Taylor, le chef reconnu du Western Guard Party. À la suite d'un examen assez minutieux de ces communications, le Tribunal fait ce résumé de leur teneur:

Bien que plusieurs de ces messages soient difficiles à suivre, il a un thème qui revient. Il existe une conspiration en vue de contrôler et planifier la société canadienne; il est difficile de découvrir la vérité au sujet de cette conspiration parce que nos livres, nos écoles et nos moyens de communications sont contrôlés par les conspirateurs. Ceux-ci sont la cause du chômage et de l'inflation; ils nous affaiblissent en encourageant la perversion, la paresse, l'usage des drogues et le métissage des races.

They have founded communism which is responsible for many of our economic problems such as the postal strike; they continue to control communism and they use it in the furtherance of the conspiracy. The conspirators are Jews.

The telephone service which supplied the messages in question was financed from time to time by Mr. Taylor, his assistant Mr. Jack Prins or the Party. Though the service's number was not widely publicized by the appellants, they attempted to make it known by the distribution of cards among individuals and crowds and by slipping these cards under doorways. The cards bore only a maple leaf symbol and an admonition to dial the number. As well, the number was placed in the telephone book opposite a notation which read "White Power Message".

After examining the content of the appellants' messages and hearing evidence from a number of witnesses, the Tribunal held that the appellants had engaged in a discriminatory practice as defined by s. 13(1). This conclusion is clearly and pithily stated in the following segment of the Tribunal's decision:

... Mr. Taylor and The Western Guard Party have communicated telephonically or have caused to be so communicated, repeatedly, messages in whole or in part by means of facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament. Although some of the messages by themselves are somewhat innocuous, the matter for the most part that they have communicated, we believe, is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that the person is identifiable by race or religion. In particular, the messages identify specific individuals by name ... and we believe that the remarks about those individuals have a likelihood of exposing them to hatred or contempt, merely on the basis that they are said to be Jewish. Moreover, we hold that the messages in question not only expose identified individuals but persons generally to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable as Jews. We therefore find that the complaints are substantiated.

Having come to this conclusion, the Tribunal ordered the appellants to cease and desist their discriminatory practice, the order stating:

Ils s'enrichissent en nous volant nos biens. Ils ont fondé le communisme, qui est responsable d'un grand nombre de nos problèmes économiques, tels que les grèves postales; ils continuent de contrôler le communisme et l'utilisent pour l'avancement de la conspiration. Les conspirateurs sont des Juifs.

Le service téléphonique offrant les messages en question était financé par M. Taylor, par son adjoint M. Jack Prins ou, par le parti, selon le cas. Bien que le numéro de téléphone de ce service n'ait pas été largement diffusé par les appelants, ils ont tenté de le faire connaître par la distribution de cartes à des particuliers et dans des foules, et en glissant ces cartes sous des portes. Les cartes ne portaient que la représentation d'une feuille d'érable et l'exhortation à composer le numéro de téléphone. Ce numéro figurait également dans l'annuaire téléphonique à côté de l'inscription [TRADUCTION] «Message sur le pouvoir blanc».

Ayant examiné la teneur des messages des appelants et entendu les dépositions de plusieurs témoins, le Tribunal a décidé que les appelants avaient commis un acte discriminatoire au sens du par. 13(1). Cette conclusion est énoncée avec clarté et concision dans l'extrait suivant tiré de la décision du Tribunal:

... M. Taylor et le Western Guard Party ont utilisé ou fait utiliser un téléphone de façon répétée, pour transmettre des messages, en totalité ou en partie, en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement. Bien que certains de ces messages fussent en soi quelque peu inoffensifs, la majorité des propos qu'ils ont transmis, sont susceptibles, croyons-nous, d'exposer des personnes à la haine ou au mépris en raison du fait que la personne visée est identifiable quant à sa race ou sa religion. Les messages mentionnent des individus en particulier, par leur nom [...] et nous croyons que les observations faites à leur sujet sont susceptibles de les exposer à la haine ou au mépris, du seul fait qu'on les déclare Juifs. De plus, nous estimons que les messages en question exposent à la haine ou au mépris non seulement les personnes juives identifiées mais tous les Juifs. Par conséquent, nous jugeons que les plaintes sont justifiées.

Étant arrivé à cette conclusion, le Tribunal a ordonné aux appelants de mettre un terme à leur pratique discriminatoire. L'ordonnance est ainsi conçue:

We therefore order the Respondents to cease their discriminatory practice of using the telephone to communicate repeatedly the subject matter which has formed the contents of the tape-recorded messages referred to in the complaints.

This directive, along with the entire decision of the Tribunal, was filed with the Federal Court Registry and entered in the order and judgment book of the Federal Court of Canada, Trial Division as of August 23, 1979. As a result, under s. 43(1) of the *Canadian Human Rights Act* it could be enforced as a court order. No proceedings were taken to have the order set aside.

In spite of the Tribunal order, the appellants continued their messages and, following an application by the Commission on February 21, 1980, Dubé J. of the Federal Court, Trial Division found them in contempt: (1980), 1 C.H.R.R. D/47. He imposed a \$5,000 fine on the Western Guard Party and a one year sentence of imprisonment on Mr. Taylor, but suspended the contempt order (and its attendant penalties) on the condition that the appellants thereafter discontinue the discriminatory practice identified by the Tribunal. The messages did not stop, however, and on June 11, 1980, Walsh J., also of the Federal Court, Trial Division, vacated the suspension of his colleague's contempt order. Accordingly, the Party paid its fine and Mr. Taylor served his sentence, with remission, between October 17, 1981 and March 19, 1982.

Upon his release, Mr. Taylor and the Party resumed the telephone message service, and on May 12, 1983, the Commission filed a second application with the Federal Court. This application alleged that the appellants had breached the order of the Tribunal by taping four messages between the dates of June 22, 1982, and April 20, 1983, and again sought an order of committal against Mr. Taylor and the Party. Since the first order of committal, however, the *Charter* had come into effect, and the appellants thus relied

Par conséquent, nous ordonnons que les défendeurs cessent leur pratique discriminatoire en utilisant le téléphone pour transmettre de façon répétée les messages enregistrés mentionnés dans les plaintes.

a Cette ordonnance, avec le texte intégral des motifs du Tribunal, a été déposée au greffe de la Cour fédérale et inscrite au livre des jugements et ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale du Canada, le 23 août 1979. En vertu du par. 43(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, elle avait donc la force exécutoire d'une ordonnance de cette cour. Aucune action en annulation de l'ordonnance n'a été engagée.

b En dépit de l'ordonnance du Tribunal, les appelants ont continué à transmettre leurs messages et, à la suite d'une demande présentée par la Commission le 21 février 1980, le juge Dubé de la Division de première instance de la Cour fédérale les a déclarés coupables d'outrage au tribunal: (1980), 1 C.H.R.R. D/47. Il a frappé le Western Guard Party d'une amende de 5 000 \$ et a infligé à M. Taylor une peine d'un an d'emprisonnement. Le juge Dubé a cependant suspendu l'exécution de l'ordonnance pour outrage au tribunal (et des peines dont elle était assortie) à condition que les appelants mettent fin à la pratique discriminatoire constatée par le Tribunal. Toutefois, les messages n'ont pas cessé et, le 11 juin 1980, le juge Walsh, également de la Division de première instance de la Cour fédérale, a annulé la suspension de l'exécution de l'ordonnance pour outrage au tribunal qu'avait rendue son collègue. Le parti a donc payé l'amende et M. Taylor a purgé sa peine, avec remise, du 17 octobre 1981 au 19 mars 1982.

c Dès sa mise en liberté, M. Taylor et le parti ont rétabli le service de messages téléphoniques. Le 12 mai 1983, la Commission a saisi la Cour fédérale d'une deuxième requête, qui reprochait aux appelants d'avoir violé l'ordonnance du Tribunal en enregistrant quatre messages entre le 22 juin 1982 et le 20 avril 1983, et qui demandait de nouveau une ordonnance d'incarcération contre M. Taylor et le parti. Cependant, les appelants ont invoqué la *Charte*, qui était entrée en vigueur après la première ordonnance d'incarcération, dans un avis de

upon the *Charter* in filing a notice of motion challenging the validity of s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* as contrary to the freedom of expression.

Jerome A.C.J. of the Federal Court, Trial Division dealt with both the Commission's application for committal and the appellants' attempt to have s. 13(1) struck down as unconstitutional. On August 15, 1984, he made the committal order sought by the Commission and gave oral reasons dismissing the appellants' motion as to the constitutionality of s. 13(1). Written reasons on the *Charter* issue were released on December 20, 1984.

The appellants sought to overturn the decision of Jerome A.C.J. in the Federal Court of Appeal, but their appeal was dismissed by reasons dated April 22, 1987. It is from the ruling of the Federal Court of Appeal that they now appeal to this Court.

II. Statutory and Charter Provisions

The relevant statutory and *Charter* provisions are as follows:

Canadian Human Rights Act

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by

requête alléguant l'invalidité du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, en raison de la violation de la liberté d'expression.

^a Le juge en chef adjoint Jerome de la Division de première instance de la Cour fédérale a examiné à la fois la demande d'incarcération présentée par la Commission et la tentative des appelants de faire invalider le par. 13(1) pour cause d'inconstitutionnalité. Le 15 août 1984, il a rendu l'ordonnance d'incarcération sollicitée par la Commission et a prononcé des motifs oraux rejetant la requête des appelants attaquant la constitutionnalité du par. 13(1). Des motifs écrits à l'appui de la décision relative à la *Charte* ont été rendus le 20 décembre 1984.

^b Les appelants ont cherché à faire infirmer par la Cour d'appel fédérale la décision du juge en chef adjoint Jerome, mais leur appel a été rejeté dans des motifs datés du 22 avril 1987. C'est cet arrêt de la Cour d'appel fédérale qu'ils portent maintenant en appel devant notre Cour.

II. Dispositions législatives et dispositions de la Charte

^c Voici les dispositions législatives pertinentes en l'espèce:

Loi canadienne sur les droits de la personne

^d 2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

^e 13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer

reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

III. Judgments

Federal Court, Trial Division

Jerome A.C.J. delivered his decision on the constitutional question orally on August 15, 1984. On December 20 of the same year he released brief written reasons for this disposition: (1984), 6 C.H.R.R. D/2595. In these reasons, he began by finding that s. 13(1) infringed the freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of the *Charter*, and was thus left with the question as to whether such an infringement could be justified under s. 1. At the time of the judgment, *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, had not yet been decided, and in answering this question Jerome A.C.J. asked, "whether the sacrifice of the [s. 2(b)] right is in proportion to the objective of achieving the elimination of the evil under attack from the Canadian way of life" (p. D/2597).

Referring to s. 2 of the *Canadian Human Rights Act*, Jerome A.C.J. noted that the promo-

à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite.

Charte canadienne des droits et libertés

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

III. Les jugements

Cour fédérale, Division de première instance

Le juge en chef adjoint Jerome a rendu oralement sa décision sur la question constitutionnelle, le 15 août 1984. Le 20 décembre suivant, il a rendu de brefs motifs écrits à l'appui de sa décision: C.F. 1^{re} inst., T-4022-79*. En premier lieu, ces motifs concluent que le par. 13(1) porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*, de sorte qu'il restait à déterminer si cette atteinte peut se justifier aux termes de l'article premier. Au moment de ce jugement, l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, n'avait pas encore été rendu et, pour répondre à cette dernière question, le juge en chef adjoint Jerome s'est demandé «si le droit sacrifié [celui garanti par l'al. 2b)] est proportionnel au mal auquel on veut remédier et qu'on veut éliminer du mode de vie canadien» (p. 5).

Au sujet de l'art. 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le juge en chef adjoint

* Version anglaise du jugement publiée à (1984), 6 C.H.R.R. D/2595.

tion of equal opportunity unhindered by racial discrimination was an object with which Parliament ought to concern itself, and felt it to be obvious that freedom of expression must give way to some restrictions in order to prevent the incitement of hatred or contempt upon racial grounds. As for the manner in which s. 13(1) restricted the s. 2(b) guarantee, Jerome A.C.J. saw the provision as reasonable, making special mention of the conciliatory nature of the human rights legislation. Especially pertinent to this conclusion was the fact that under the Act punishment only occurs where a transgressor is recalcitrant, and in this respect he stated (at pp. D/2597-98):

We are not dealing here with a prohibition on the right to speak or to communicate opinions. We have instead a declaration of that which is considered to be unacceptable use of the freedom of speech in Canadian society—a “discriminatory practice.” The [Human Rights Commission] is authorized to investigate complaints in the process of which the alleged transgressor is given the opportunity to make representations. Involvement in that process obviously invites the transgressor to discontinue the offending practice but if not, it may ultimately lead to an order to do so. Only upon continued refusal to comply with such an order is there the possibility of punishment.

After reviewing the history of complaints against the appellants and the various investigatory and procedural steps taken under the *Canadian Human Rights Act*, Jerome A.C.J. commented that the case at hand aptly demonstrated the restrained nature of s. 13(1), for only upon continued refusal to cease what was clearly a discriminatory practice did the appellants become subject to punishment. He thus concluded that the evil which s. 13(1) endeavours to combat—communications which are likely to incite racial hatred—is unacceptable in Canadian society and that any restriction upon the freedom of expression imposed by s. 13(1) is not out of proportion to the objective of suppressing such evil.

Jerome a fait remarquer que promouvoir l'égalité des chances, sans discrimination raciale, était un objectif dont le législateur fédéral devait se préoccuper, tenant pour évident que certaines restrictions devaient être imposées à la liberté d'expression afin de prévenir l'incitation à la haine ou au mépris fondés sur la race. Pour ce qui est de la manière dont le par. 13(1) limitait la garantie énoncée à l'al. 2b), le juge en chef adjoint Jerome a jugé cette disposition raisonnable, soulignant particulièrement à ce propos le caractère conciliatoire de la loi sur les droits de la personne. Sa conclusion était motivée notamment par le fait qu'une sanction n'est imposée en vertu de la Loi que lorsque le transgresseur se montre récalcitrant. Il dit à ce sujet, aux pp. 6 et 7:

Nous n'avons pas affaire ici à une suppression du droit de parole ou du droit de faire connaître des opinions. Il s'agit plutôt d'une déclaration de ce qui sera considéré comme un usage inacceptable de la liberté de parole dans la société canadienne—un «acte discriminatoire». La [Commission des droits de la personne] se voit conférer le pouvoir de procéder à des enquêtes quand des plaintes sont portées, procédure au cours de laquelle le transgresseur prétendu se voit conférer la possibilité de se faire entendre. L'implication du transgresseur dans le processus, de toute évidence, est une invitation qui lui est faite de ne plus commettre l'acte offensant, faute de quoi, ultimement, cela peut mener à une ordonnance le lui interdisant. Ce n'est que devant un refus caractérisé de se conformer à l'ordonnance qu'il y a possibilité de sanction.

Après avoir fait l'historique des plaintes portées contre les appelants et des différentes mesures d'enquête et de procédure prises en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le juge en chef adjoint Jerome dit que l'affaire dont il est saisi démontre bien la retenue qui caractérise le par. 13(1), car seule la persistance dans le refus de cesser un acte visiblement discriminatoire rend les appelants passibles d'une sanction. Il conclut en conséquence que le mal combattu par le par. 13(1)—les communications susceptibles d'inciter à la haine raciale—est inacceptable dans la société canadienne et que toute restriction imposée par ce paragraphe à la liberté d'expression n'est pas disproportionnée à l'objectif de la suppression de ce mal.

Federal Court of Appeal (per Mahoney J., Stone and Lacombe JJ. concurring)

The appellants relied upon a number of grounds of appeal before the Federal Court of Appeal, all of which were dismissed: [1987] 3 F.C. 593. It is only necessary, however, to recount those reasons of the appeal court which pertain to the arguments raised before this Court. Having thus restricted the discussion somewhat, I begin by reviewing the decision of the Court of Appeal regarding the crucial issue of the constitutionality of s. 13(1).

In addressing the *Charter* challenge to s. 13(1), Mahoney J. rejected the argument of the Attorney General of Canada that the section did not infringe s. 2(b); in his view, s. 13(1) represented a substantial and intentional limit upon freedom of expression. The constitutional validity of s. 13(1) thus depended upon the persuasiveness of the government's justificatory arguments under s. 1 of the *Charter*, and in examining the case for saving the impugned provision Mahoney J. adopted the approach suggested by this Court in *Oakes*.

Beginning with the requirement that the government objective be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom, Mahoney J. noted that "the concern of any free and democratic society to avoid the vilification of individuals or groups by reason of their race and/or religion is self-evident" (p. 610). In his view, Canada was a multicultural country, and such multiculturalism represented a positive characteristic of its national persona. While racial and religious strife were not rampant in Canada, the great upheaval and damage caused by intolerance in certain other nations amply illustrated the potentially serious impact of prejudicial ideas. Mahoney J. thus concluded that "the avoidance of the propagation of hatred [on grounds of race or religion] is, in itself, properly a pressing and substantial concern of a free and democratic society" (p. 611).

As to proportionality, Mahoney J. stated that the rational connection of s. 13(1) to its object

Cour d'appel fédérale (le juge Mahoney, avec l'appui des juges Stone et Lacombe)

Les appelants ont invoqué en Cour d'appel fédérale plusieurs moyens d'appel, qui ont tous été rejetés: [1987] 3 C.F. 593. Il suffit d'exposer ici les motifs de la Cour d'appel qui se rapportent aux arguments avancés devant notre Cour. Ayant ainsi circonscrit la discussion, je commence par examiner la décision de la Cour d'appel sur la question essentielle de la constitutionnalité du par. 13(1).

En ce qui concerne la contestation du par. 13(1) fondée sur la *Charte*, le juge Mahoney a repoussé l'argument du procureur général du Canada suivant lequel ce paragraphe ne viole pas l'al. 2b). D'après le juge Mahoney, le par. 13(1) représente une restriction importante et intentionnelle de la liberté d'expression. Sa constitutionnalité tient donc au caractère convaincant des arguments justificatifs invoqués par le gouvernement en vertu de l'article premier de la *Charte*. Aux fins de son examen de l'argument en faveur du maintien de la disposition attaquée, le juge Mahoney adopte l'analyse proposée par notre Cour dans l'arrêt *Oakes*.

Prenant pour point de départ l'exigence que l'objectif gouvernemental revête une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit ou à une liberté protégés par la Constitution, le juge Mahoney fait remarquer que «la préoccupation de toute société libre et démocratique d'éviter la diffamation de particuliers ou de groupes en raison de leur race ou de leur religion va de soi» (p. 610). Selon lui, le Canada est un pays multiculturel et ce multiculturalisme est une caractéristique positive de sa personnalité nationale. Si le Canada est exempt de conflits raciaux et religieux, les grands bouleversements et torts occasionnés par l'intolérance dans certains autres pays démontrent amplement la gravité éventuelle des répercussions d'idées sectaires. Le juge Mahoney conclut donc qu'il est en soi urgent et important pour une société libre et démocratique d'éviter la propagation de la haine [pour des motifs de race ou de religion]» (p. 611).

Quant à la proportionnalité, le juge Mahoney dit que le lien rationnel entre le par. 13(1) et son

“could hardly be plainer” (p. 611), and found the limitation imposed upon s. 2(b) to be “tailored precisely to the specific practices of those who abuse their freedom by repeatedly communicating hate messages by telephone” (p. 611). Regarding the “effects” segment of the *Oakes* proportionality test, he considered the scheme of the *Canadian Human Rights Act* as a whole, and found that the impact of s. 13(1) upon the freedom of expression exemplified restraint rather than severity. In particular, he noted that (at pp. 611-12):

The determination that a person or group has contravened subsection 13(1) is made by a Tribunal after a hearing which must be conducted according to the requirements of natural justice. A complaint cannot be referred to a Tribunal unless the alleged transgressor has been informed of and afforded an opportunity to respond to the complaint and the evidence upon which the Commission intends to decide if a Tribunal is needed. Unless the Tribunal itself consists of three members, an appeal lies to a three member Review Tribunal. Both are subject to judicial supervision in the conduct of their hearings and the final decision is subject to judicial review. The only order that can be made is a cease and desist order. It is only after that order has been filed in the Registry of this Court and after being afforded the opportunity to appear at a show cause hearing and being found in a judicial proceeding to have continued to disobey the cease and desist order that an offender can be penalized. The maximum penalty presently prescribed is a \$5000 fine or one year imprisonment, not both.

Mahoney J. thus concluded that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* was justified under s. 1, stating that (at p. 612):

On balance, the interest of a free and democratic society to avoid the repeated telephonic communication of messages of hate based on race or religion clearly outweighs its interest to tolerate the exercise in that fashion of their freedom of expression by persons so inclined.

As already noted, the Federal Court of Appeal considered not only the *Charter* challenge to

objet «ne pourrait guère être plus manifeste» (p. 611). Il estime en outre que la limitation qu’il impose à l’al. 2b) «vise précisément les pratiques particulières de ceux qui abusent de leur liberté en utilisant le téléphone pour transmettre de façon répétée des messages haineux» (p. 611). Passant à l’aspect «effets» du critère de proportionnalité établi dans l’arrêt *Oakes*, il examine la *Loi canadienne sur les droits de la personne* dans son ensemble et conclut que le par. 13(1) a sur la liberté d’expression un effet qui témoigne de modération plutôt que de sévérité. Il souligne notamment (aux pp. 611 et 612):

La décision qu’une personne ou un groupe a contrevenu au paragraphe 13(1) est rendue par un tribunal à la suite d’une audience qui doit se dérouler selon les préceptes de la justice naturelle. Une plainte ne peut pas être renvoyée à un tribunal sans que le présumé transgresseur ait été informé—et puisse jouir—de la possibilité de réfuter cette plainte ainsi que les éléments de preuve sur lesquels la Commission va se fonder pour décider de l’opportunité de constituer un tribunal. À moins que le tribunal se compose lui-même de trois membres, l’appel est soumis à un tribunal d’appel de trois membres. Les deux sont assujettis à la surveillance judiciaire quant au déroulement de leurs audiences, et la décision finale est susceptible de contrôle judiciaire. La seule ordonnance qui puisse être rendue est une ordonnance de cesser et de s’abstenir. C’est seulement après que l’ordonnance a été déposée au greffe de la Cour et que le contrevenant, après avoir eu la possibilité de comparaître à une audience de justification, a été déclaré coupable dans le cadre d’une poursuite judiciaire d’avoir continué d’enfreindre l’ordonnance de cesser et de s’abstenir, qu’une peine peut être infligée. La peine maximale prévue actuellement est une amende de 5 000 \$ ou une année d’emprisonnement, mais non les deux à la fois.

Le juge Mahoney conclut ainsi que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est justifié aux termes de l’article premier et déclare ceci (à la p. 612):

Tout compte fait, l’intérêt d’une société libre et démocratique d’éviter la transmission répétée par téléphone de messages haineux fondés sur la race ou la religion l’emporte manifestement sur l’intérêt qu’elle a de tolérer l’exercice, par ce moyen, de la liberté d’expression des personnes ayant des dispositions de ce genre.

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la Cour d’appel fédérale, a examiné non seulement la con-

s. 13(1), but also examined a number of other grounds of appeal. One such ground was that the order of the Tribunal was too vague and obscure to enable the appellants to be held in contempt for failure to abide by its terms. The basis of the appellants' argument lay largely in the contention that the order consisted only of the following sentence:

We therefore order the Respondents to cease their discriminatory practice of using the telephone to communicate repeatedly the subject matter which has formed the contents of the tape-recorded messages referred to in the complaints.

It was posited that this single sentence provided no intelligible guidelines as to the nature of the communications prohibited.

Mahoney J. had no difficulty in dismissing this complaint, stating that the test of vagueness is whether the intention and import of the order is ascertainable to a person of average intelligence reading it in good faith. Reading the entire reasons of the Tribunal, and not just the paragraph cited by the appellants, he felt that there could be "no *bona fide* doubt that the subject matter enjoined was subject matter likely to expose Jews to hatred or contempt" (p. 601).

A final relevant issue canvassed by Mahoney J. concerned the question of bias. The appellants noted that the Tribunal issuing the impugned order had been appointed by the Commission, and submitted that as the Commission had not only initiated and investigated the complaint, but also had appeared before the Tribunal as a party, there existed a reasonable apprehension of bias in the Tribunal. While accepting that the appointment process existing at the time of the appellants' hearing would ordinarily create a reasonable apprehension of bias, Mahoney J. held that the failure of the appellants to raise the issue in a timely fashion constituted a waiver of the right to challenge the jurisdiction of the Tribunal on that ground. He felt it unnecessary to decide this point definitively, however, for even if the Tribunal was improperly constituted the proper recourse was to challenge the validity of the order, and not to treat

testation du par. 13(1) fondée sur la *Charte*, mais aussi plusieurs autres moyens d'appel. L'un de ceux-ci était que l'ordonnance du Tribunal était trop imprécise et trop obscure pour que les appelants puissent être déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir omis de s'y conformer. L'argument des appelants reposait en grande partie sur le fait que l'ordonnance comportait uniquement la phrase suivante:

Par conséquent, nous ordonnons que les défendeurs cessent leur pratique discriminatoire en utilisant le téléphone pour transmettre de façon répétée les messages enregistrés mentionnés dans les plaintes.

Ils soutenaient que cette phrase unique ne fournissait aucune indication intelligible quant à la nature des communications qu'elle interdisait.

Le juge Mahoney n'a eu aucune difficulté à écarter cette allégation et a déclaré que le critère de l'imprécision consiste à se demander si l'objet et le sens de l'ordonnance peuvent en être dégagés par une personne d'une intelligence moyenne qui la lit de bonne foi. Il estime en effet que, vu l'ensemble des motifs du Tribunal, et non pas simplement le paragraphe cité par les appelants, ces derniers «n'ont pas pu douter de bonne foi que ce qui leur était interdit était les messages de nature à exposer les Juifs à la haine et au mépris» (p. 601).

Une dernière question pertinente abordée par le juge Mahoney concernait la partialité. Les appelants ont fait ressortir que le Tribunal dont émanait l'ordonnance attaquée avait été constitué par la Commission et ils ont soutenu que, comme la Commission avait non seulement pris l'initiative de la plainte et mené l'enquête, mais avait en outre comparu devant le Tribunal en tant que partie, il existait une crainte raisonnable de partialité de la part de ce dernier. Bien qu'admettant que le processus de constitution du Tribunal qui existait à l'époque de l'audition aurait normalement engendré une crainte raisonnable de partialité, le juge Mahoney dit que l'omission des appelants de soulever la question en temps opportun constitue une renonciation au droit de contester pour ce motif la compétence du Tribunal. Selon lui, il n'y a pas lieu de trancher définitivement ce point, car même si le Tribunal a été irrégulièrement constitué, le recours

the order as void. "The duty of a person bound by an order of a court", stated Mahoney J., "is to obey that order while it remains in force regardless of how flawed he may consider it or how flawed it may, in fact, be" (p. 601).

IV. Issues

The following constitutional questions were stated:

1. Is s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, is inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?
3. Are the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, are they consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b)?
4. If the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, are subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b), do they constitute a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

A non-constitutional issue is also raised by the appellants, namely, whether a reasonable apprehension of bias can be attributed to the Tribunal. As noted in recounting the decision of the Federal Court of Appeal, the allegation of bias arises from the fact that the Tribunal was appointed by the Commission, the latter being a body intimately

approprié est de contester la validité de l'ordonnance et non de la considérer comme nulle. «La personne qui est liée par une ordonnance d'un tribunal», déclare le juge Mahoney, «doit se soumettre à cette ordonnance pendant que celle-ci reste en vigueur, quelque imparfaite qu'elle puisse la considérer ou quelque imparfaite qu'elle puisse réellement être» (p. 601).

b IV. Les questions en litige

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

1. Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est-il compatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
 2. Si le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est incompatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?
 3. L'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent-elles être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-elles compatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b)?
 4. Si l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont incompatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b), constituent-elles une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?
- i* Est également soulevée par les appelants la question non constitutionnelle de savoir si une crainte raisonnable de partialité peut être invoquée à l'égard du Tribunal. Comme je l'indique dans mon exposé des motifs de la Cour d'appel fédérale, l'allégation de partialité procède de ce que le Tribunal a été constitué par la Commission qui s'oc-

connected with investigating and substantiating the complaint.

V. Section 13(1) and the Freedom of Expression

Beginning with the constitutional issues raised by this appeal, the pivotal challenge is to s. 13(1), for a ruling that the section is unconstitutional will necessarily render invalid any order made to cease and desist telephonic communications. I will thus look first to the question of s. 13(1)'s validity under s. 2(b) of the *Charter*, an inquiry that can be divided into two parts: (i) does the impugned provision infringe the constitutional guarantee of free expression; and (ii) if so, is it nonetheless justified as a reasonable limit in a free and democratic society under s. 1.

As a preliminary matter, I should point out that while s. 13(1) encompasses messages likely to expose persons to hatred or contempt on the basis of any ground of discrimination prohibited by the *Canadian Human Rights Act*, the courts below examined the constitutional validity of the section only in so far as it concerns the grounds of race and religion. Moreover, the effect of the *Charter* upon the suppression of expression dealing with other prohibited grounds was not raised by the parties or interveners in argument. For these reasons, the comments below speak solely to the question of whether the effect of s. 13(1) upon communications tending to expose persons to hatred or contempt on the bases of race or religion violates the *Charter*.

A. *Section 13(1): Infringement of Section 2(b)*

The initial step in determining whether s. 13(1) violates the *Charter* is to decide whether the sphere of the freedom entrenched in s. 2(b) extends to telephone communications likely to expose persons to hatred or contempt by reason of identification on the basis of race or religion. According to *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, an activity which conveys or attempts to convey a meaning is generally considered to have expressive content within

cupe directement de l'enquête sur la plainte et de la vérification de son bien-fondé.

V. Le paragraphe 13(1) et la liberté d'expression

^a Si l'on prend d'abord les questions constitutionnelles soulevées par le présent pourvoi, c'est la contestation du par. 13(1) qui est cruciale, car son inconstitutionnalité entraînerait inévitablement l'invalidité de toute ordonnance interdisant des communications téléphoniques. J'aborde donc en premier la question de la validité du par. 13(1) au regard de l'al. 2b) de la *Charte*. Cette question peut être scindée en deux: (i) La disposition attaquée porte-t-elle atteinte à la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression? (ii) Dans l'affirmative, est-elle néanmoins justifiée en tant que limite raisonnable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier?

^d Je signale au départ que, bien que le par. 13(1) vise des messages susceptibles d'exposer certaines personnes à la haine ou au mépris fondés sur tout motif de discrimination interdit par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, les juridictions inférieures n'ont examiné la constitutionnalité de ce paragraphe qu'en ce qui concerne les motifs fondés sur la race et la religion. En outre, la question de l'application de la *Charte* dans le cas de la suppression d'une expression mettant en cause d'autres motifs de discrimination illicites n'a été posée ni par les parties ni par les intervenants au cours des débats. Pour ces raisons, les observations qui suivent se bornent à la question de savoir si, par son effet sur les communications tendant à exposer des personnes à la haine ou au mépris fondés sur la race ou la religion, le par. 13(1) viole la *Charte*.

^h A. *Le paragraphe 13(1): la violation de l'al. 2b)*

La première étape pour déterminer si le par. 13(1) viole la *Charte* consiste à décider si la liberté consacrée à l'al. 2b) englobe les communications téléphoniques susceptibles d'exposer certaines personnes à la haine ou au mépris du fait qu'elles sont identifiables sur la base de la race ou de la religion. Suivant l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, une activité qui transmet ou tente de transmettre une signification est généralement considérée comme

the meaning of s. 2(b). The s. 2(b) guarantee is infringed if it can be shown that either: (i) the purpose of the impugned government regulation is to restrict expressive activity; or (ii) the regulation has such an effect, and the activity in question supports the principles and values upon which the freedom of expression is based.

Applying the *Irwin Toy* approach to the facts of this appeal, I have no doubt that the activity described by s. 13(1) is protected by s. 2(b) of the *Charter*. Indeed, the point is conceded by the respondent Commission. To begin with, it is self-evident that this activity conveys or attempts to convey a meaning, the medium in issue to my mind being susceptible to no other use. Indeed, I find it impossible to conceive of an instance where the "telephonic communication of matter" (to paraphrase the language of s. 13(1)) could not be said to involve a conveyance of meaning. The inescapable conclusion is that the activity affected by s. 13(1) constitutes "expression" as the term is envisioned by s. 2(b).

As for the *Irwin Toy* requirement that the purpose or effect of the impugned regulatory measure be to restrict expressive activity, it is clear that Parliament's aim in passing s. 13(1) is to constrain expression communicated by telephone, for the section operates to prohibit directly messages likely to expose certain persons or groups of persons to hatred or contempt. The desire of the government in enacting s. 13(1) being to restrict expression by singling out for censure particular conveyances of meaning, the second requirement of *Irwin Toy* is met, necessarily leading to the conclusion that s. 2(b) is infringed.

Though having decided that the freedom of expression is breached by s. 13(1), before moving on to the s. 1 analysis I should make brief reference to an argument emanating from several of the interveners in support of excluding hate propaganda entirely from the scope of s. 2(b). This argument posits that the expression prohibited by the section is the very antithesis of the values support-

possédant un contenu expressif au sens de l'al. 2b). Il y a violation de la garantie énoncée à l'al. 2b) du moment qu'il est démontré soit (i) que la réglementation gouvernementale attaquée a pour objet de restreindre l'activité expressive, soit (ii) que tel est son effet et que l'activité en question appuie les principes et les valeurs sur lesquels repose la liberté d'expression.

Appliquant aux faits du présent pourvoi l'analyse suivie dans l'arrêt *Irwin Toy*, je n'ai aucun doute que l'activité visée au par. 13(1) bénéficie de la protection de l'al. 2b) de la *Charte*. En fait, la Commission intimée concède ce point. En premier lieu, il va de soi qu'il s'agit là d'une activité qui transmet ou qui tente de transmettre une signification, car le moyen de communication en question ne se prête à mon avis à aucune autre utilisation. Il me semble en fait impossible de concevoir une situation où «l'utilisation d'un téléphone pour aborder des questions» (pour paraphraser les termes du par. 13(1)) ne comporterait pas la transmission d'une signification. Force est donc de conclure que l'activité visée au par. 13(1) constitue de l'«expression» au sens où l'entend l'al. 2b).

Pour ce qui est de l'exigence, posée par l'arrêt *Irwin Toy*, que la mesure de réglementation attaquée ait pour objet ou pour effet de limiter l'activité expressive, il est évident que, par l'adoption du par. 13(1), le Parlement visait à imposer des restrictions à l'expression communiquée par téléphone, car ce paragraphe interdit directement les messages susceptibles d'exposer certaines personnes ou certains groupes à la haine ou au mépris. Comme le gouvernement a adopté le par. 13(1) avec l'intention de limiter l'expression en exposant à la censure des transmissions particulières de messages, la seconde exigence de l'arrêt *Irwin Toy* est remplie, ce qui nous mène nécessairement à la conclusion qu'il y a eu violation de l'al. 2b).

Malgré ma conclusion que le par. 13(1) porte atteinte à la liberté d'expression, je dois, avant de passer à l'analyse fondée sur l'article premier, traiter brièvement d'un argument, avancé par plusieurs intervenants, en faveur de l'exclusion totale de la propagande haineuse de la portée de l'al. 2b). Selon cet argument, l'expression interdite par le paragraphe en cause s'oppose diamétralement aux

ing the freedom of expression guarantee and therefore is not deserving of protection under s. 2(b). It should be manifest from my comments in *Keegstra*, however, that I cannot accept this argument. The approach taken in *Irwin Toy* depends upon a large and liberal interpretation of the s. 2(b) freedom, and the gravamen of this approach is the refusal to exclude certain expression because of content. As Lamer J. said in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, on this point speaking for the entire Court, “s. 2(b) of the *Charter* protects all content of expression irrespective of the meaning or message sought to be conveyed” (p. 1181). Aside from those instances where only the effect (as opposed to the purpose) of government regulation impinges upon the conveyance of meaning, the more refined and searching analysis of the restricted expression is better done in the context of s. 1.

It is also suggested by certain interveners, however, that despite the reluctance of the Court to enter into a discussion of content in defining the scope of s. 2(b), *Irwin Toy* excludes violence and threats of violence from the ambit of the freedom of expression guarantee. As the communications prohibited by s. 13(1) are said to be analogous to these excluded forms of communication, we are urged to place them outside of the sphere of protected expression. For the reasons which I gave in *Keegstra*, however, the exception suggested in *Irwin Toy* speaks only of physical forms of violence, and extends neither to analogous types of expression nor to mere threats of violence. As the messages dealt with by s. 13(1) do not involve the direct application of physical violence, I cannot find that they fall within any exception that might exist under *Irwin Toy*.

B. Section 13(1): Analysis Under Section 1 of the Charter

Having determined that s. 13(1) infringes s. 2(b), the question becomes whether the provision can be justified under s. 1 of the *Charter*. As a prefatory matter, s. 1 requires that a limit on a

valeurs soutenant la garantie de la liberté d'expression et ne mérite donc pas la protection de l'al. 2b). Toutefois, il ressort clairement de mes propos dans l'affaire *Keegstra* que je ne peux retenir ce point de vue. La méthode adoptée dans l'arrêt *Irwin Toy* dépend d'une interprétation large et libérale de la liberté garantie par l'al. 2b) et l'élément essentiel de cette méthode est le refus d'exclure une expression en raison de son contenu. Comme le dit le juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, qui exprimait sur ce point l'opinion de toute la Cour, «l'al. 2b) de la *Charte* protège tout le contenu de l'expression sans égard à la signification ou au message que l'on tente de transmettre» (p. 1181). Mis à part les cas où une réglementation gouvernementale ne touche la transmission d'une signification que par son effet (plutôt que par son objet), il vaut mieux entreprendre l'analyse plus subtile et plus approfondie de l'expression frappée d'une restriction dans le contexte de l'article premier.

Certains intervenants font valoir cependant qu'en dépit de l'hésitation de notre Cour à se lancer dans un examen du contenu aux fins de définir la portée de l'al. 2b), l'arrêt *Irwin Toy* exclut de la garantie de la liberté d'expression la violence et les menaces de violence. Puisque les communications interdites par le par. 13(1) s'apparentent, selon eux, à ces formes de communication exclues, nous devrions les situer à l'extérieur du champ de l'expression protégée. Pour les raisons que j'expose dans l'arrêt *Keegstra*, toutefois, l'exception proposée dans l'arrêt *Irwin Toy* ne comprend que la violence physique et ne s'étend ni aux types analogues d'expression ni à de simples menaces de violence. Or, comme les messages visés au par. 13(1) ne comportent pas le recours direct à la violence physique, je ne puis conclure qu'ils relèvent d'une exception quelconque établie dans l'arrêt *Irwin Toy*.

B. Le paragraphe 13(1): l'analyse fondée sur l'article premier de la Charte

Une fois décidé que le par. 13(1) viole l'al. 2b), il faut se demander si cette disposition peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'article premier pose comme exigence prélimi-

Charter right or freedom be “prescribed by law”. I have had the advantage of reading the reasons of McLachlin J., and share her view that s. 13(1) satisfies this requirement.

This preliminary conclusion regarding “prescribed by law” leaves unanswered the question of whether the impugned section is a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. According to *Oakes*, there are two aspects to this portion of the s. 1 inquiry. First, it is necessary to ask whether the objective of the challenged measure is sufficiently important to warrant limiting a *Charter* right or freedom. If this initial question is answered affirmatively, the second aspect of the inquiry arises, namely, that of proportionality. Speaking generally, the proportionality requirement is met where an impugned measure is well-suited to carry out the objective and its impact upon an entrenched right or freedom is not needlessly or unacceptably severe.

The purpose and methodology of the s. 1 analysis have been outlined in my reasons in *Keegstra* and the comments made there are equally applicable in this appeal. What is of utmost importance is a recognition that s. 1 both guarantees and limits *Charter* rights and freedoms by reference to principles fundamental in a free and democratic society. This analysis requires an approach sensitive to the context of a given case, it being necessary to explore the nature and scope of constitutionally entrenched human rights in light of the facts at hand.

In applying the *Oakes* approach to legislation restricting hate propaganda, a meaningful consideration of the principles central to a free and democratic society requires reference to the international community’s acceptance of the need to protect minority groups from the intolerance and psychological pain caused by such expression. Such a consideration should also give full recognition to other provisions of the *Charter*, in particu-

naire qu’un droit ou une liberté garantis par la *Charte* ne soient restreints que «par une règle de droit». J’ai eu l’avantage de lire les motifs du juge McLachlin et je partage son avis que le par. 13(1) satisfait à cette exigence.

Cette conclusion préliminaire concernant l’expression «par une règle de droit» ne répond pas à la question de savoir si le paragraphe attaqué est une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. D’après l’arrêt *Oakes*, cette partie de l’analyse fondée sur l’article premier comporte deux volets. Tout d’abord, il faut se demander si l’objectif visé par la mesure contestée revêt une importance suffisante pour justifier la restriction d’un droit ou d’une liberté garantis par la *Charte*. Dans l’hypothèse d’une réponse affirmative à cette première question, vient ensuite le second volet de l’analyse, à savoir la question de la proportionnalité. D’une manière générale, l’exigence de proportionnalité est remplie dès lors qu’une mesure contestée est bien conçue pour atteindre l’objectif visé et que son effet sur un droit ou une liberté consacrés n’est pas d’une sévérité inutile ou inacceptable.

J’expose dans mes motifs de l’arrêt *Keegstra* le but et la méthodologie de l’analyse fondée sur l’article premier et les observations que j’y fais s’appliquent tout autant au présent pourvoi. Il importe au premier chef de reconnaître que l’article premier garantit et limite à la fois les droits et libertés garantis par la *Charte* en faisant appel aux principes qui sont fondamentaux dans une société libre et démocratique. Cette analyse nous oblige à tenir compte du contexte d’une affaire donnée, car il est nécessaire d’examiner, à la lumière des faits de l’espèce, la nature et la portée de droits de la personne consacrés par la Constitution.

En appliquant à la législation restreignant la propagande haineuse la méthode de l’arrêt *Oakes*, on ne peut faire une étude valable des principes essentiels à une société libre et démocratique sans mentionner l’acceptation par la communauté internationale de la nécessité de protéger les groupes minoritaires contre l’intolérance et la peine psychologique causée par une telle expression. Cette étude devrait en outre tenir pleinement compte

lar ss. 15 and 27 (dealing with equality rights and multiculturalism). Finally, the nature of the association between the expression at stake in the appeal and the rationales underlying s. 2(b) will be instrumental in assessing whether a particular legislative effort to eradicate hate propaganda is a reasonable limit justified in a free and democratic society.

The considerations just mentioned help to set the stage for a s. 1 review of both s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* and, as seen in *Keegstra* and *Andrews*, s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. It is essential, however, to recognize that, as an instrument especially designed to prevent the spread of prejudice and to foster tolerance and equality in the community, the *Canadian Human Rights Act* is very different from the *Criminal Code*. The aim of human rights legislation, and of s. 13(1), is not to bring the full force of the state's power against a blameworthy individual for the purpose of imposing punishment. Instead, provisions found in human rights statutes generally operate in a less confrontational manner, allowing for a conciliatory settlement if possible and, where discrimination exists, gearing remedial responses more towards compensating the victim.

Having made some preliminary comments regarding the nature of the s. 1 analysis, it is possible to look more closely at the various components of the *Oakes* approach as they pertain to the facts of this appeal. The initial task is to identify and evaluate the objective behind s. 13(1), and it is to this aspect of the inquiry that I now turn.

(a) Objective

I believe that the broad legislative intent in implementing s. 13(1) can be gleaned directly from the statute in which it is found. The purpose of the *Canadian Human Rights Act* is stated as follows in s. 2:

d'autres dispositions de la *Charte*, notamment des art. 15 et 27 (portant sur les droits à l'égalité et sur le multiculturalisme). En dernier lieu, la nature du lien entre l'expression en cause dans le pourvoi et les justifications sous-jacentes à l'al. 2b) est pertinente pour décider si des mesures législatives données visant à éliminer la propagande haineuse constituent une limite raisonnable qui est justifiée dans une société libre et démocratique.

Les considérations qui précèdent fournissent le cadre d'un examen selon l'article premier à la fois du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et, comme on le voit dans les affaires *Keegstra* et *Andrews*, du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il est essentiel toutefois de reconnaître qu'en tant qu'outil expressément conçu pour empêcher la propagation des préjugés et pour favoriser la tolérance et l'égalité au sein de la collectivité, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* diffère nettement du *Code criminel*. La législation sur les droits de la personne, et en particulier le par. 13(1), n'a pas pour objet de faire exercer contre une personne fautive le plein pouvoir de l'État dans le but de lui infliger un châtement. Au contraire, les dispositions des lois sur les droits de la personne tendent plutôt, en règle générale, à éviter ce genre d'affrontement en permettant autant que possible un règlement par voie de conciliation et, lorsqu'il y a discrimination, en prévoyant des redressements destinés davantage à indemniser la victime.

Après ces quelques observations préliminaires sur la nature de l'analyse fondée sur l'article premier, il est possible d'examiner plus attentivement les divers éléments de la méthode de l'arrêt *Oakes* en ce qu'ils se rapportent aux faits du présent pourvoi. La tâche initiale consiste à définir et évaluer l'objet du par. 13(1), et c'est à cet aspect de l'enquête que je passe maintenant.

a) L'objectif

Je crois que l'objectif législatif général visé par le par. 13(1) ressort directement de la loi dans laquelle il figure. L'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est ainsi formulé à l'art. 2:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of the Parliament of Canada, to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

It is this purpose—the promotion of equal opportunity unhindered by discriminatory practices based on, *inter alia*, race or religion—which informs the objective of s. 13(1). In denoting the activity described in s. 13(1) as a discriminatory practice, Parliament has indicated that it views repeated telephonic communications likely to expose individuals or groups to hatred or contempt by reason of their being identifiable on the basis of certain characteristics as contrary to the furtherance of equality.

Parliament's concern that the dissemination of hate propaganda is antithetical to the general aim of the *Canadian Human Rights Act* is not misplaced. The serious harm caused by messages of hatred was identified by the Special Committee on Hate Propaganda in Canada, commonly known as the Cohen Committee, in 1966. The Cohen Committee noted that individuals subjected to racial or religious hatred may suffer substantial psychological distress, the damaging consequences including a loss of self-esteem, feelings of anger and outrage and strong pressure to renounce cultural differences that mark them as distinct. This intensely painful reaction undoubtedly detracts from an individual's ability to, in the words of s. 2 of the Act, "make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have". As well, the Committee observed that hate propaganda can operate to convince listeners, even if subtly, that members of certain racial or religious groups are inferior. The result may be an increase in acts of discrimination, including the denial of equal op-

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

Tel est l'objet visé par le par. 13(1): l'égalité des chances indépendamment de considérations fondées notamment sur la race ou la religion. En qualifiant d'acte discriminatoire l'activité décrite au par. 13(1), le législateur fédéral a indiqué qu'il tient pour contraires à la promotion de l'égalité les communications téléphoniques répétées susceptibles d'exposer des particuliers ou des groupes à la haine ou au mépris du fait qu'ils sont identifiables sur la base de certaines caractéristiques.

La crainte du Parlement que la diffusion de la propagande haineuse n'aille à l'encontre de l'objet général de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas sans fondement. La gravité du préjudice occasionné par des messages haineux a été reconnue par le Comité spécial de la propagande haineuse au Canada (communément appelé le comité Cohen) en 1966. Le comité Cohen a fait remarquer que les individus soumis à la haine raciale ou religieuse risquent d'en subir une profonde détresse psychologique, les conséquences préjudiciables pouvant comprendre la perte de l'estime de soi, des sentiments de colère et d'indignation et une forte incitation à renoncer aux caractéristiques culturelles qui les distinguent des autres. Cette réaction extrêmement douloureuse nuit assurément à la capacité d'une personne de réaliser son propre «épanouissement», pour reprendre le terme employé à l'art. 2 de la Loi. Le comité indique en outre que la propagande haineuse peut parvenir à convaincre les auditeurs, fût-ce subtilement, de l'infériorité de certains groupes raciaux ou religieux. Cela peut entraîner un accroissement des actes de discrimination, se manifestant notamment

portunity in the provision of goods, services and facilities, and even incidents of violence.

Since the release of the *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*, numerous other study groups have echoed the Cohen Committee's conclusion that hate propaganda presents a serious threat to society. Affirmation of the Committee's findings may be found in the 1981 *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia* by John D. McAlpine, the 1984 report of the Special Committee on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, entitled *Equality Now!*, the Canadian Bar Association's *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred*, also released in 1984, and the 1986 Working Paper 50 of the Law Reform Commission of Canada, entitled *Hate Propaganda*. It can thus be concluded that messages of hate propaganda undermine the dignity and self-worth of target group members and, more generally, contribute to disharmonious relations among various racial, cultural and religious groups, as a result eroding the tolerance and open-mindedness that must flourish in a multicultural society which is committed to the idea of equality.

In seeking to prevent the harms caused by hate propaganda, the objective behind s. 13(1) is obviously one of pressing and substantial importance sufficient to warrant some limitation upon the freedom of expression. It is worth stressing, however, the heightened importance attached to this objective by reason of international human rights instruments to which Canada is a party and ss. 15 and 27 of the *Charter*.

The stance taken by the international community in protecting human rights is relevant in reviewing legislation under s. 1, and especially in assessing the significance of a government objective (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038). Both Article 4 of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Can. T.S.

par le refus de respecter l'égalité des chances dans la fourniture de biens, de services et de locaux, et même par le recours à la violence.

Depuis la publication du *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada*, un bon nombre d'autres groupes d'étude ont repris la conclusion du comité Cohen que la propagande haineuse présente une menace grave pour la société. Les conclusions du comité Cohen sont en effet confirmées dans le *Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia* (1981), de John D. McAlpine, dans le rapport du Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne, *L'égalité ça presse!* (1984), le *Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred* de l'Association du Barreau canadien, également publié en 1984, ainsi que le document de travail 50 de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *La propagande haineuse* (1986). On peut donc en conclure que les messages constituant de la propagande haineuse portent atteinte à la dignité et à l'estime de soi des membres du groupe cible et, d'une façon plus générale, contribuent à semer la discorde entre divers groupes raciaux, culturels et religieux, minant ainsi la tolérance et l'ouverture d'esprit qui doivent fleurir dans une société multiculturelle vouée à la réalisation de l'égalité.

Puisqu'il s'agit d'une tentative de prévenir les préjudices découlant de la propagande haineuse, l'objet que vise le par. 13(1) est de toute évidence suffisamment urgent et réel pour justifier certaines restrictions à la liberté d'expression. Il convient toutefois de souligner l'importance accrue attachée à cet objectif en raison de certains instruments internationaux concernant les droits de la personne, auxquels le Canada est partie, et en raison des art. 15 et 27 de la *Charte*.

La position prise par la communauté internationale dans le domaine de la protection des droits de la personne est pertinente aux fins de l'examen d'un texte législatif en vertu de l'article premier et surtout aux fins de l'appréciation de l'importance d'un objectif gouvernemental (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038). Aussi bien l'article 4 de la *Convention internatio-*

1970 No. 28, and Article 20 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171 (1966), as well as the jurisprudence of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 (1950) (see, e.g., Eur. Comm. H. R., Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, *Glimmerveen v. Netherlands*, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187) demonstrate that the commitment of the international community to eradicate discrimination extends to the prohibition of the dissemination of ideas based on racial or religious superiority.

Indeed, in 1983 a complaint to the United Nations Human Rights Committee by Mr. Taylor and the Western Guard Party alleging a violation of the freedom of expression guaranteed in the *International Covenant on Civil and Political Rights* was rejected on the ground that "the opinions which Mr. T. seeks to disseminate through the telephone system clearly constitute the advocacy of racial or religious hatred which Canada has an obligation under article 20(2) of the Covenant to prohibit": *Taylor and Western Guard Party v. Canada*, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983), para. 8(b), decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097. This conclusion is indicative of the approach taken in the realm of international human rights, and thus emphasizes the substantial weight which must be given the aim of preventing the harms caused by hate propaganda.

That the values of equality and multiculturalism are enshrined in ss. 15 and 27 of the *Charter* further magnify the weightiness of Parliament's objective in enacting s. 13(1). These *Charter* provisions indicate that the guiding principles in undertaking the s. 1 inquiry include respect and concern for the dignity and equality of the individual and a recognition that one's concept of self may in large part be a function of membership in a particular cultural group. As the harm flowing from hate propaganda works in opposition to these linchpin *Charter* principles, the importance of

nale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, R.T. Can. 1970 n° 28, que l'article 20 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171 (1966), ainsi que la jurisprudence concernant la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (1950) (voir par exemple Comm. Eur. D. H., Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, *Glimmerveen c. Pays-Bas*, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187), démontrent que l'engagement de la communauté internationale envers l'élimination de la discrimination va jusqu'à l'interdiction de la diffusion d'idées fondées sur la notion de supériorité raciale ou religieuse.

De fait, en 1983, une plainte de violation de la liberté d'expression garantie par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, portée devant le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies par M. Taylor et le Western Guard Party, a été rejetée au motif que «les opinions que M. T. cherche à diffuser par téléphone constituent nettement une incitation à la haine raciale ou religieuse, que le Canada est tenu d'interdire en vertu du paragraphe 2 de l'article 20 du Pacte»: voir *Taylor et Western Guard Party c. Canada*, Communication n° 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 N.U. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983), par. 8b), décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097. Cette conclusion indique la position qui a été adoptée dans le domaine des droits internationaux de la personne et souligne donc l'importance capitale qu'il faut accorder au but de prévenir les préjudices causés par la propagande haineuse.

Le fait que les valeurs de l'égalité et du multiculturalisme sont consacrées aux art. 15 et 27 de la *Charte* met davantage en relief l'importance de l'objectif visé par le législateur fédéral quand il a adopté le par. 13(1). Il se dégage de ces dispositions de la *Charte* que, parmi les principes directeurs de l'analyse fondée sur l'article premier, figurent notamment le respect de la dignité et de l'égalité de l'individu et la reconnaissance que la conception qu'on se fait de soi-même peut dépendre dans une large mesure de l'appartenance à un groupe culturel particulier. Comme le préjudice

taking steps to limit its pernicious effects becomes manifest.

(b) Proportionality

Having found Parliament's objective to be of sufficient importance to justify some limitation upon the freedom of expression, the next step in the s. 1 inquiry is to determine whether s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* is proportionate to this valid objective. Adopting the analytical guidelines suggested in *Oakes*, an impugned measure is seen as proportionate only if the state shows that: (i) a connection exists between the measure and objective so that the former cannot be said to be arbitrary, unfair or irrational; (ii) the measure impairs the *Charter* right or freedom at stake no more than is necessary; and (iii) the effects of the measure are not so severe as to represent an unacceptable abridgement of the right or freedom.

Before examining in earnest the proportionality of s. 13(1) to the parliamentary objective, it is important that something be said regarding both the values supporting the free expression guarantee and the nature of the expression at stake in this appeal. In the abstract, it is unarguable that freedom of expression is held especially dear in a free and democratic society, this *Charter* guarantee providing the bedrock for the discovery of truth and consensus in all facets of human life, though perhaps most especially in the political arena. Additionally, this freedom allows individuals to direct and shape their personal development, thereby promoting the respect for individual dignity and autonomy that is crucial to (among other things) a meaningful operation of the democratic process.

As is evident in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, however, and as I emphasize in *Keegstra*, in

déoulant de la propagande haineuse va à l'encontre de ces principes fondamentaux inhérents à la *Charte*, l'importance de prendre des mesures en vue de limiter les effets pernicioeux de cette propagande est évidente.

b) La proportionnalité

Vu la conclusion que l'objectif du Parlement est d'une importance suffisante pour justifier une certaine restriction de la liberté d'expression, l'étape suivante dans l'analyse fondée sur l'article premier est de déterminer si le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est proportionné à cet objectif légitime. D'après la méthode analytique proposée dans l'arrêt *Oakes*, une mesure contestée n'est considérée comme proportionnée que si l'État démontre: (i) qu'il existe un lien entre la mesure et l'objectif de manière que cette mesure ne puisse être qualifiée d'arbitraire, d'injuste ou d'irrationnelle; (ii) que la mesure porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en cause garantis par la *Charte*; et (iii) que les effets de la mesure ne sont pas sévères au point de représenter une restriction inacceptable du droit ou de la liberté.

Avant d'entrer dans le cœur de l'examen de la proportionnalité du par. 13(1) à l'objectif visé par le législateur, un mot s'impose sur les valeurs sous-tendant la garantie de la liberté d'expression et sur la nature de l'expression dont il est question dans le présent pourvoi. Dans l'abstrait, il est incontestable que la liberté d'expression est particulièrement choyée dans une société libre et démocratique. Cette garantie constitutionnelle est l'assise énoncée dans la *Charte* qui sert à établir la vérité et un consensus dans tous les aspects de la vie humaine, mais peut-être plus particulièrement dans l'arène politique. De plus, c'est grâce à cette liberté que les particuliers peuvent s'orienter et réaliser leur épanouissement personnel et, ce faisant, favoriser le respect de la dignité et de l'autonomie individuelles qui sont cruciales, entre autres, pour le bon fonctionnement du processus démocratique.

Comme l'indique clairement l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, toutefois, et comme je le

balancing interests within s. 1 one cannot ignore the setting in which the s. 2(b) freedom is raised. It is not enough to simply balance or reconcile those interests promoted by a government objective with abstract panegyrics to the value of open expression. Rather, a contextual approach to s. 1 demands an appreciation of the extent to which a restriction of the activity at issue on the facts of the particular case debilitates or compromises the principles underlying the broad guarantee of freedom of expression.

In *Keegstra*, I examined in considerable detail the degree to which the protection of hate propaganda is supported by general arguments for freedom of expression. The expressive activity put at risk by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* is not identical to that prohibited under the *Criminal Code*'s s. 319(2), yet for the most part the views put forth in *Keegstra* are applicable to this appeal, and I thus find it possible to adopt the conclusion reached there at p. 766:

... I am of the opinion that hate propaganda contributes little to the aspirations of Canadians or Canada in either the quest for truth, the promotion of individual self-development or the protection and fostering of a vibrant democracy where the participation of all individuals is accepted and encouraged. While I cannot conclude that hate propaganda deserves only marginal protection under the s. 1 analysis, I can take cognizance of the fact that limitations upon hate propaganda are directed at a special category of expression which strays some distance from the spirit of s. 2(b), and hence conclude that "restrictions on expression of this kind might be easier to justify than other infringements of s. 2(b)" (*Royal College, supra*, at p. 247).

As I hope is evident from the above quotation, it is important to recognize that expressive activities advocating unpopular or discredited positions are not to be accorded reduced constitutional protection as a matter of routine: content-neutrality is still an influential part of free expression doctrine when weighing competing interests under s. 1 of the *Charter*. The unusually extreme extent to

souligne dans l'arrêt *Keegstra*, en soupesant différents intérêts aux fins de l'article premier, on ne peut faire abstraction du contexte dans lequel est invoquée la liberté garantie par l'al. 2b). Il ne suffit pas simplement de concilier les intérêts servis par un objectif gouvernemental avec des panegyriques abstraits de la libre expression. L'analyse contextuelle aux fins de l'article premier exige plutôt qu'on évalue, compte tenu des faits de l'espèce, dans quelle mesure une restriction à l'activité visée affaiblit ou compromet les principes sous-jacents à la large garantie de la liberté d'expression.

Dans l'affaire *Keegstra*, je fais une étude très approfondie de la mesure dans laquelle la protection de la propagande haineuse est justifiée par des arguments généraux en faveur de la liberté d'expression. L'activité expressive visée au par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'est pas identique à celle qu'interdit le par. 319(2) du *Code criminel*, pourtant les opinions exprimées dans l'affaire *Keegstra* s'appliquent pour l'essentiel au présent pourvoi. J'estime en conséquence qu'il est possible d'adopter en l'espèce la conclusion tirée dans cette affaire, à la p. 766:

... je suis d'avis que la propagande haineuse apporte peu aux aspirations des Canadiens ou du Canada, que ce soit dans la recherche de la vérité, dans la promotion de l'épanouissement personnel ou dans la protection et le développement d'une démocratie dynamique qui accepte et encourage la participation de tous. Si je ne puis conclure que la propagande haineuse ne mérite qu'une protection minimale dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier, je peux néanmoins reconnaître le fait que les restrictions imposées à la propagande haineuse visent une catégorie particulière d'expression qui s'écarte beaucoup de l'esprit même de l'al. 2b). Je conclus donc qu'il se pourrait que des restrictions imposées à des expressions de ce genre soient plus faciles à justifier que d'autres atteintes à l'al. 2b)» (*Collège royal, précité*, à la p. 247).

J'espère que ce passage montre assez clairement l'importance de reconnaître qu'on ne doit pas systématiquement réduire la protection constitutionnelle des activités expressives préconisant des positions impopulaires ou discréditées: la neutralité quant au contenu représente toujours une partie importante du principe de la liberté d'expression lorsqu'il s'agit de soupeser en vertu de l'article

which the expression at stake in this appeal attacks the s. 2(b) rationale, however, requires that the proportionality analysis be carried out with the recognition that the suppression of hate propaganda does not severely abridge free expression values. Having thus announced the perspective with which I approach the balancing task in this appeal, it is appropriate to examine in detail the various segments of the proportionality inquiry as set out in *Oakes*, beginning with the question of rational connection.

(i) *Rational Connection*

In my view, once it is accepted that hate propaganda produces effects deleterious to the guiding principles of s. 2 of the *Canadian Human Rights Act*, there remains no question that s. 13(1) is rationally connected to the aim of restricting activities antithetical to the promotion of equality and tolerance in society. The section labels as discriminatory the transmission of messages likely to expose individuals to hatred or contempt by reason of their being identifiable on the basis of certain characteristics, including race and religion. Sections 41 and 42 of the Act allow the Human Rights Tribunal to issue a cease and desist order against an individual found to be engaging in this discriminatory practice, and this order can be enforced upon application to the Federal Court of Canada by the Commission (s. 43). In sum, when conjoined with the remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*, s. 13(1) operates to suppress hate propaganda and its harmful consequences, and hence is rationally connected to furthering the object sought by Parliament.

In the *Keegstra* and *Andrews* appeals, it was suggested that in practice s. 319(2) of the *Criminal Code* was ineffectual (or even worse, played a malign role) in reducing the prevalence of hate propaganda in Canada and accordingly was not rationally connected to Parliament's objective. While such an argument is not expressly made in this appeal, it is implied in the appellants' conten-

premier de la *Charte*, des intérêts concurrents. Le fait que l'expression en cause dans le présent pourvoi est aux antipodes de la raison d'être de l'al. 2b), exige toutefois que l'analyse de la proportionnalité se fasse avec la reconnaissance que la suppression de la propagande haineuse n'impose pas d'importantes restrictions aux valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Ayant ainsi énoncé la perspective dans laquelle j'aborde l'analyse à faire dans le présent pourvoi, il convient d'entreprendre un examen approfondi des différents éléments de l'analyse de la proportionnalité selon l'arrêt *Oakes*, en commençant par la question du lien rationnel.

(i) *Le lien rationnel*

À mon avis, dès lors qu'on accepte que la propagande haineuse produit des effets qui portent atteinte aux principes directeurs énoncés à l'art. 2 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, il n'y a plus à douter que le par. 13(1) a un lien rationnel avec l'objectif de limiter les activités qui s'opposent à la promotion de l'égalité et de la tolérance dans notre société. Ce paragraphe qualifie de discriminatoire la transmission de messages susceptibles d'exposer des particuliers à la haine ou au mépris parce que ces derniers sont identifiables sur la base de certaines caractéristiques, notamment la race et la religion. Les articles 41 et 42 de la Loi autorisent le Tribunal des droits de la personne à rendre une ordonnance d'interdit contre un individu qui se livre à cette pratique discriminatoire. Cette ordonnance peut être exécutée si la Commission en fait la demande à la Cour fédérale du Canada (art. 43). En résumé, quand on y joint les dispositions réparatrices de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le par. 13(1) joue de manière à supprimer la propagande haineuse et à écarter ses conséquences préjudiciables et il a donc un lien rationnel avec la réalisation de l'objet visé par le législateur fédéral.

Dans les pourvois *Keegstra* et *Andrews*, on a soutenu que, dans la pratique, le par. 319(2) du *Code criminel* était inefficace pour diminuer la propagande haineuse au Canada (ou même qu'il la favorisait) et que, par conséquent, il n'avait aucun lien rationnel avec l'objectif du Parlement. Bien que cet argument ne soit pas invoqué expressément dans le présent pourvoi, il se dégage implicitement

tion that, just as Germany of the 1920s and 1930s was unable to curb human rights abuses through the use of anti-hate propaganda laws, so s. 13(1) will have no effect in reducing the level of hate propaganda (and its attendant harms) in Canadian society.

For reasons similar to those given in *Keegstra*, I am unable to accede to the view that the impugned legislative measure does not advance Parliament's aim of reducing the incidence of hate propaganda. The process of hearing a complaint made under s. 13(1) and, if the complaint is substantiated, issuing a cease and desist order reminds Canadians of our fundamental commitment to equality of opportunity and the eradication of racial and religious intolerance. In addition, although criminal law is not devoid of impact upon the rehabilitation of offenders, the conciliatory nature of the human rights procedure and the absence of criminal sanctions make s. 13(1) especially well suited to encourage reform of the communicator of hate propaganda.

Finally, as I stated in *Keegstra*, the failure of criminal laws to curb the prevalence of vicious racism in Germany was a function of many complex factors; that restrictions placed upon hate propaganda in themselves failed to prevent the Holocaust is hardly surprising. The usefulness of such restrictions in helping to create an environment conducive to the peaceful coexistence of diverse cultures cannot be refuted simply by citing the monumental horrors surrounding the treatment of Jews and other minorities under the Nazi regime. In combatting discrimination legislative efforts to suppress hate propaganda are but one available form of response, and the fact that the international community considers such laws to be an important weapon against racial and religious intolerance strongly suggests that s. 13(1) cannot be viewed as ineffectual.

Ordinarily the above discussion would be sufficient to conclude that a rational connection exists

de l'allégation des appelants que, de même que l'Allemagne des années 20 et 30 n'a pu arrêter les atteintes aux droits de la personne au moyen de lois interdisant la propagande haineuse, de même le par. 13(1) n'entraînera aucune réduction de la propagande haineuse (et des maux qui en résultent) dans la société canadienne.

Pour des motifs semblables à ceux que j'expose dans l'affaire *Keegstra*, je ne puis retenir le point de vue selon lequel la mesure législative attaquée n'aide pas à atteindre l'objet visé par le législateur, savoir la réduction de la propagande haineuse. Le processus consistant à entendre une plainte portée en vertu du par. 13(1) et, si la plainte est fondée, à rendre une ordonnance d'interdit, rappelle aux Canadiens notre engagement fondamental envers l'égalité des chances et l'élimination de l'intolérance raciale et religieuse. En outre, bien que le droit criminel ait une certaine importance dans la réinsertion sociale des contrevenants, la nature conciliatoire de la procédure dans le domaine des droits de la personne ainsi que l'absence de sanctions criminelles font que le par. 13(1) est particulièrement bien conçu pour encourager le diffuseur de propagande haineuse à s'amender.

Finalement, comme je le dis dans l'arrêt *Keegstra*, si des lois pénales n'ont pu freiner un racisme virulent en Allemagne, cela tenait à des facteurs à la fois nombreux et complexes; il n'est pas surprenant que des restrictions imposées à la propagande haineuse n'aient pas suffi par elles-mêmes à empêcher l'Holocauste. Pour contester l'utilité de telles restrictions dans la création d'un environnement propice à la coexistence pacifique de différentes cultures, il ne suffit pas d'invoquer les horreurs monstrueuses du traitement des Juifs et d'autres minorités sous le régime nazi. Dans la lutte contre la discrimination, les efforts du législateur pour supprimer la propagande haineuse ne sont qu'une des réactions possibles, et le fait que la communauté internationale considère de telles lois comme une arme importante pour combattre l'intolérance raciale et religieuse laisse fortement entendre que le par. 13(1) ne peut être considéré comme inefficace.

Ordinairement, l'analyse qui précède aurait suffi pour conclure qu'un lien rationnel existe entre le

between s. 13(1) and a valid government objective. The intervener Canadian Civil Liberties Association (hereinafter "CCLA") has suggested, however, that the words "hatred or contempt" used in s. 13(1) are inherently vague, and that without further definition the section cannot be said to provide a clear and precise indication as to the scope of the discriminatory practice. An associated complaint raised by the CCLA, again with regard to "rational connection", concerns the absence of an intent requirement in s. 13(1), it being suggested that telephonic messages aimed at reducing discrimination might actually fall within the section's proscription. As an example, the CCLA cited its own method of detecting widespread discriminatory practices among employment agencies by using the telephone to pose as an employer seeking "whites only" for its business. It would surely be irrational, so the argument goes, to prohibit such activity where the information obtained thereby assists, rather than hinders, the objective of achieving equality of opportunity.

The arguments of the CCLA undoubtedly require a response, yet I feel it more appropriate to do so at the minimal impairment stage of the proportionality inquiry. Whether or not there is a rational connection between a particular statutory provision and a valid s. 1 objective does not necessitate a fastidious examination of each feature of the impugned measure. Of course, the various categories of the *Oakes* approach to proportionality are simply intended to provide an analytical framework. The rigid compartmentalization of these categories is illogical, for each involves the consideration of what we would generally term "proportionality", and no bright line separates one from the other. Nevertheless, in so far as consistency in method encourages clarity and accuracy of analysis, the examination of proportionality is furthered by the approach adopted in *Oakes*. As for the "rational connection" aspect of proportionality, the presence in an impugned measure of care of design and lack of arbitrariness—the hallmarks of a rational connection—allows the government to pass a sort of preliminary hurdle, and as long as the challenged provision can be said to further in a

par. 13(1) et un objectif gouvernemental valable. L'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles (ci-après «l'ACLCL») prétend, cependant, que les mots «haine» et «mépris» employés au par. 13(1) sont en eux-mêmes imprécis et qu'en l'absence de définition, le paragraphe n'indique pas d'une manière claire et précise la portée de l'acte discriminatoire visé. Un reproche connexe fait par l'ACLCL, touchant encore une fois le «lien rationnel», concerne le fait que le par. 13(1) n'exige pas l'intention. On soutient en effet que des messages téléphoniques visant à réduire la discrimination pourraient en réalité relever de la proscription qu'établit ce paragraphe. L'ACLCL mentionne à titre d'exemple sa propre méthode pour déceler des pratiques discriminatoires répandues parmi les agences de placement, méthode comportant l'usage du téléphone pour se poser comme un employeur cherchant à engager des «Blancs seulement». Il serait certainement irrationnel, suivant cet argument, d'interdire de telles activités lorsque les renseignements ainsi obtenus favorisent, plutôt que d'empêcher, la réalisation de l'objectif de l'égalité des chances.

Il faut sans doute répondre aux arguments de l'ACLCL, mais je crois qu'il convient de le faire à l'étape de l'examen de la proportionnalité qui porte sur l'atteinte minimale. La question de l'existence ou de l'inexistence d'un lien rationnel entre une disposition législative donnée et un objectif légitime aux fins de l'article premier ne nécessite pas l'examen minutieux de chaque aspect de la mesure contestée. Bien entendu, les différentes étapes de l'examen de la proportionnalité selon l'arrêt *Oakes* servent simplement de cadre analytique. Il serait illogique de compartimenter ces étapes, car chacune exige l'examen de ce qu'on appelle globalement la «proportionnalité», et aucune ligne de démarcation très nette ne les sépare. Néanmoins, pour autant que l'uniformité méthodologique favorise la clarté et la précision analytiques, l'examen de la proportionnalité est facilité par la méthode de l'arrêt *Oakes*. Pour ce qui est de l'aspect «lien rationnel» de la proportionnalité, si la mesure contestée traduit une conception réfléchie et ne présente aucun caractère arbitraire—les caractéristiques d'un lien rationnel—le gouvernement franchit une sorte d'obstacle préliminaire et, pourvu que la

general way an important government aim it cannot be seen as irrational.

As I have stated above, s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* promotes the ends sought by Parliament, and consequently evinces a rational connection to those ends. This conclusion does not settle the matter of proportionality, however, for a legislative measure may go some way towards securing a pressing and substantial objective yet do so in a manner which limits a *Charter* right or freedom more than is necessary. It is for this reason that the *Oakes* approach requires a court to ensure that a challenged measure minimally impairs the right or freedom at stake, and to my mind the criticisms levelled at s. 13(1) by the CCLA are best addressed at this point in the proportionality inquiry. I therefore direct my attention to the question of minimal impairment.

(ii) *Minimal Impairment*

I find it helpful to address the question of whether s. 13(1) minimally impairs the freedom of expression by examining in turn the arguments marshalled by the appellants and the CCLA in support of striking down the section. One of the strongest of these arguments is the complaint that the phrase "hatred or contempt" used in s. 13(1) is overbroad and excessively vague. Specifically, it is said that the wide range of meanings available for both "hatred" and "contempt" extend the scope of the section to cover expression not causing the harm which Parliament seeks to prevent. Additionally, the appellants contend that the process of determining whether a particular communication is likely to expose persons to "hatred or contempt" is necessarily subjective, leaving open the possibility that in deciding whether a complaint is well-founded the Tribunal will fall into the error of censoring expression simply because it is felt to be offensive.

disposition contestée puisse être considérée comme favorisant d'une manière générale la réalisation d'un objectif gouvernemental important, on ne peut la qualifier d'irrationnelle.

a

Comme je l'ai dit précédemment, le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* permet d'atteindre les objets visés par le législateur fédéral et, en conséquence, manifeste un lien rationnel avec ces objets. Cette conclusion ne vide toutefois pas la question de la proportionnalité, car une mesure législative peut contribuer de façon certaine à la réalisation d'un objet urgent et réel et pourtant apporter des restrictions plus grandes que nécessaires à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. C'est la raison pour laquelle la méthode de l'arrêt *Oakes* exige que le tribunal s'assure qu'une mesure contestée porte le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question et, à mon avis, c'est à ce stade-ci de l'examen de la proportionnalité qu'il convient d'aborder les critiques formulées par l'ACLC à l'égard du par. 13(1). Je passe donc à la question de l'atteinte minimale.

b

c

d

e

(ii) *L'atteinte minimale*

Je crois qu'il est utile d'aborder la question de savoir si le par. 13(1) porte le moins possible atteinte à la liberté d'expression en examinant tour à tour les arguments avancés par les appelants et par l'ACLC à l'appui de l'invalidation de ce paragraphe. Un des arguments les plus puissants est que les termes «haine» et «mépris» au par. 13(1) ont une portée trop large et qu'ils sont trop imprécis. Plus précisément, on affirme que la vaste gamme d'acceptions qu'admettent les mots «haine» et «mépris» élargit la portée du paragraphe de sorte qu'il englobe l'expression qui ne cause pas le préjudice que le Parlement cherche à prévenir. Les appelants font valoir en outre que le processus servant à déterminer si une communication donnée est susceptible d'exposer des personnes à la «haine» ou au «mépris» est nécessairement subjectif et donne ouverture à la possibilité que le Tribunal, en décidant du bien-fondé d'une plainte, tombe dans l'erreur de réprover l'expression pour la simple raison qu'il la juge offensante.

f

g

h

i

j

When considering the scope of the phrase “hatred or contempt”, it is worthwhile mentioning that the nature of human rights legislation militates against an unduly narrow reading of s. 13(1). As was stated by Lamer J. in *Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, at p. 158, a human rights code “is not to be treated as another ordinary law of general application. It should be recognized for what it is, a fundamental law”. I therefore do not wish to transgress the well-established principle that the rights enumerated in such a code should be given their full recognition and effect through a fair, large and liberal interpretation. At the same time, however, the purposive definition to be given a human rights code cannot extend so far as to permit the limitation of a *Charter* right or freedom not otherwise justified under s. 1.

In my view, there is no conflict between providing a meaningful interpretation of s. 13(1) and protecting the s. 2(b) freedom of expression so long as the interpretation of the words “hatred” and “contempt” is fully informed by an awareness that Parliament’s objective is to protect the equality and dignity of all individuals by reducing the incidence of harm-causing expression. Such a perspective was employed by the Human Rights Tribunal in *Nealy v. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450, the most recent decision regarding s. 13(1), where it was noted, at p. D/6469, that:

In defining “hatred” the Tribunal [in *Taylor*] applied the definition in the *Oxford English Dictionary* (1971 ed.) which reads:

active dislike, detestation, enmity, ill-will, malevolence.

The Tribunal drew on the same source for their definition of “contempt”. It was characterized as

the condition of being condemned or despised; dishonour or disgrace.

Il convient de mentionner, aux fins de l’examen de la portée des mots «haine» et «mépris», que la nature même de la législation sur les droits de la personne milite contre une interprétation indûment stricte du par. 13(1). Comme le dit le juge Lamer dans l’arrêt *Insurance Corp. of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, à la p. 158, un code des droits de la personne «[ne doit pas être considéré] comme n’importe quelle autre loi d’application générale, il faut le reconnaître pour ce qu’il est, c’est-à-dire une loi fondamentale». Je ne souhaite donc pas transgresser le principe bien établi selon lequel les droits énumérés dans un tel code devraient être pleinement reconnus et appliqués grâce à une interprétation juste, large et libérale. En même temps, toutefois, l’interprétation d’un code des droits de la personne en fonction de l’objet qu’il vise ne saurait aller jusqu’à permettre que soit imposée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* une restriction qui, par ailleurs, n’est pas justifiée aux termes de l’article premier.

À mon avis, il n’y a aucune incompatibilité entre le fait de donner au par. 13(1) une interprétation qui le rend efficace et la protection de la liberté d’expression garantie par l’al. 2b), pourvu que l’interprétation des mots «haine» et «mépris» repose sur la pleine conscience que l’objectif du Parlement est de protéger l’égalité et la dignité de tous les individus par la réduction des manifestations de l’expression préjudiciable. Telle est la perspective adoptée par le Tribunal des droits de la personne dans *Nealy c. Johnston* (1989), 10 C.H.R.R. D/6450, la décision la plus récente touchant le par. 13(1), où sont faites les observations suivantes à la p. D/6469:

Pour le terme «hatred», le tribunal [dans l’affaire *Taylor*] s’est servi de la définition du *Oxford English Dictionary* (éd. de 1971), dont voici le texte:

active dislike, detestation, enmity, ill-will, malevolence, (aversion active, détestation, inimitié, malice, malveillance).

Le tribunal a trouvé également dans cette (*sic*) ouvrage la définition du terme «contempt»:

the condition of being condemned or despised; dishonour or disgrace, (le fait d’être méprisé ou dédaigné; déshonneur, disgrâce).

As there is no definition of “hatred” or “contempt” within the [*Canadian Human Rights Act*] it is necessary to rely on what might be described as common understandings of the meaning of these terms. Clearly these are terms which have a potentially emotive content and how they are related to particular factual contexts by different individuals will vary. There is nevertheless an important core of meaning in both, which the dictionary definitions capture. With “hatred” the focus is a set of emotions and feelings which involve extreme ill will towards another person or group of persons. To say that one “hates” another means in effect that one finds no redeeming qualities in the latter. It is a term, however, which does not necessarily involve the mental process of “looking down” on another or others. It is quite possible to “hate” someone who one feels is superior to one in intelligence, wealth or power. None of the synonyms used in the dictionary definition for “hatred” give any clues to the motivation for the ill will. “Contempt” is by contrast a term which suggests a mental process of “looking down” upon or treating as inferior the object of one’s feelings. This is captured by the dictionary definition relied on in *Taylor* . . . in the use of the terms “despised”, “dishonour” or “disgrace”. Although the person can be “hated” (i.e. actively disliked) and treated with “contempt” (i.e. looked down upon), the terms are not fully coextensive, because “hatred” is in some instances the product of envy of superior qualities, which “contempt” by definition cannot be. [Emphasis added.]

The approach taken in *Nealy* gives full force and recognition to the purpose of the *Canadian Human Rights Act* while remaining consistent with the *Charter*. The reference to “hatred” in the above quotation speaks of “extreme” ill-will and an emotion which allows for “no redeeming qualities” in the person at whom it is directed. “Contempt” appears to be viewed as similarly extreme, though is felt by the Tribunal to describe more appropriately circumstances where the object of one’s feelings is looked down upon. According to the reading of the Tribunal, s. 13(1) thus refers to unusually strong and deep-felt emotions of detestation, calumny and vilification, and I do not find this interpretation to be particularly expansive. To the extent that the section may impose a slightly broader limit upon freedom of expression than does s. 319(2) of the *Criminal Code*, however, I

Comme la [*Loi canadienne sur les droits de la personne*] ne contient aucune définition des termes «hatred» ou «contempt», il faut s'appuyer sur leur sens ordinaire. De toute évidence, ils peuvent être chargés émotivement, et la façon dont ils sont utilisés par rapport à des situations de fait particulières par différents individus ne sera pas toujours la même. Néanmoins, il existe un tronc commun important aux deux que les définitions du dictionnaire reflètent. Le terme «hatred» connote un ensemble d'émotions et de sentiments comportant une malice extrême envers une autre personne ou un autre groupe de personnes. Quand on dit qu'on «hait» quelqu'un, c'est que l'on ne trouve aucune qualité qui rachète ses défauts. Toutefois, il s'agit d'un terme qui ne fait pas appel nécessairement au processus mental de «regarder quelqu'un de haut». Il est fort possible de «haïr» quelqu'un que l'on estime supérieur à soi en intelligence, en richesse ou en pouvoir. Aucun des synonymes utilisés dans le dictionnaire pour le terme «hatred» ne donne d'indice sur les motifs de la malice. Par contraste, «contempt» est un terme qui suggère le processus mental consistant à «regarder quelqu'un de haut» ou à le traiter comme inférieur. La définition du dictionnaire invoquée dans l'affaire *Taylor* . . . rend bien cette idée, car on y trouve les mots «despised» (dédaigné), «dishonour» (deshonneur) ou «disgrace» (disgrâce). Même si la personne peut être «haïe» (c'est-à-dire faire l'objet d'une aversion active) et traitée avec «mépris» (c'est-à-dire regardée de haut), les termes ne se chevauchent pas complètement, car la haine est, en certains cas, le résultat de l'envie de qualités supérieures, ce que le «mépris» ne peut être par définition. [Je souligne.]

Tout en demeurant compatible avec la *Charte*, le point de vue adopté dans l'affaire *Nealy* reconnaît pleinement l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et lui permet de produire son plein effet. Le passage reproduit ci-dessus dit de la «haine» qu'il s'agit d'une «malice extrême» et d'une émotion qui n'admet chez la personne visée aucune qualité qui rachète ses défauts. Le «mépris» paraît être considéré comme un sentiment tout aussi extrême, quoique le Tribunal estime que ce terme s'applique mieux à des circonstances où l'on regarde de haut la personne visée. Suivant l'interprétation du Tribunal, le par. 13(1) vise donc des émotions exceptionnellement fortes et profondes de détestation se traduisant par des calomnies et la diffamation, et je ne crois pas que ce soit là une interprétation particulièrement large. Dans la mesure où il se peut que ce paragraphe

am of the view that the conciliatory bent of a human rights statute renders such a limit more acceptable than would be the case with a criminal provision.

In sum, the language employed in s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* extends only to that expression giving rise to the evil sought to be eradicated and provides a standard of conduct sufficiently precise to prevent the unacceptable chilling of expressive activity. Moreover, as long as the Human Rights Tribunal continues to be well aware of the purpose of s. 13(1) and pays heed to the ardent and extreme nature of feeling described in the phrase "hatred or contempt", there is little danger that subjective opinion as to offensiveness will supplant the proper meaning of the section.

Connected with the argument that the s. 2(b) guarantee is not sufficiently protected by the use of the words "hatred" and "contempt" in the *Canadian Human Rights Act* is the observation that nowhere in the statute is the scope of s. 13(1) tempered by an interpretative provision or exemption designed to protect the freedom of expression. This observation arises out of a comparison of the Act with human rights statutes in most other Canadian jurisdictions, the practice being to prohibit discriminatory notices, signs, symbols or messages, yet to follow such prohibition with an exemption stating, to use as an example the words of Nova Scotia's *Human Rights Act*, S.N.S. 1969, c. 11, s. 12, "Nothing in this Section shall be deemed to interfere with the free expression of opinion upon any subject in speech or in writing". As the norm is to include in human rights statutes an exemption emphasizing the importance of freedom of expression, the appellants forcefully argue that the absence of such a provision in the federal statute contributes to its being overbroad.

impose à la liberté d'expression une restriction un peu plus large que le par. 319(2) du *Code criminel*, cependant, j'estime que la nature conciliatoire d'une loi sur les droits de la personne rend une telle restriction plus acceptable que s'il s'agissait d'une disposition pénale.

En somme, les termes employés au par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* n'englobent que l'expression qui donne naissance au mal que l'on vise à éliminer et ils établissent une norme de conduite suffisamment précise pour empêcher le résultat inacceptable que serait la paralysie de l'activité expressive. De plus, tant que le Tribunal des droits de la personne demeurera bien conscient de l'objet du par. 13(1) et tiendra compte de la nature à la fois virulente et extrême des sentiments évoqués par les termes «haine» ou «mépris», il y a peu de danger qu'une opinion subjective quant au caractère offensant vienne se substituer à la véritable signification du paragraphe en cause.

L'argument selon lequel la garantie énoncée à l'al. 2b) n'est pas adéquatement protégée par l'emploi des mots «haine» et «mépris» dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est relié aussi à l'observation que, dans cette loi, aucune disposition d'interprétation ni aucune exemption destinées à assurer la protection de la liberté d'expression ne limite la portée du par. 13(1). Cette observation résulte d'une comparaison de la Loi et de textes sur les droits de la personne en vigueur dans la plupart des autres ressorts canadiens, où la pratique est d'interdire les affiches, les enseignes, les symboles et les messages à caractère discriminatoire et à prévoir en même temps une exception portant, dans le cas de la *Human Rights Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1969, ch. 11, art. 12, par exemple: [TRADUCTION] «Le présent article n'entrave nullement la libre expression d'opinions, oralement ou par écrit, sur quelque sujet que ce soit.» Puisque les lois sur les droits de la personne comportent normalement une exception soulignant l'importance de la liberté d'expression, les appellants soutiennent énergiquement que l'absence d'une telle disposition dans la loi fédérale contribue à rendre sa portée excessivement large.

Though not wishing to disparage legislative efforts to bolster the guarantee of free expression, for several reasons I think it mistaken to place too great an emphasis upon the explicit protection of expressive activity in a human rights statute. First, though not necessarily damaging to the appellants' argument, it is worth noting that the Canadian, Quebec and Yukon Territory human rights statutes contain no such protective element, and that in any event the exemptions referred to by the appellants are found in provisions which appear to be radically different from s. 13(1). Second, having decided that there exists an objective in restricting hate propaganda of sufficient importance to warrant placing some limits upon the freedom of expression, it would be incongruous to require that s. 13(1) exempt all activity falling under the rubric of "expression".

Perhaps the so-called exemptions found in many human rights statutes are best seen as indicating to human rights tribunals the necessity of balancing the objective of eradicating discrimination with the need to protect free expression (see, e.g., *Rasheed v. Bramhill* (1980), 2 C.H.R.R. D/249, at p. D/252). In any event, I do not think it in error to say that even in the absence of such an exemption an interpretation of s. 13(1) consistent with the minimal impairment of free speech is necessary. I say this with an eye to pre-*Charter* cases in which freedom of expression is discussed, these making it evident that an interpretative stance designed to prevent the undue infringement of freedom of expression is available to the courts (see, e.g., *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Que. K.B.)). It is thus telling that in *Taylor* the Tribunal was appreciative of both the common law's predilection for interpretations guarding open expression and the guarantee of freedom of speech in s. 1(d) of the *Canadian Bill of Rights* in determining the scope of s. 13(1).

Bien que ce ne soit pas mon intention de dénigrer les efforts du législateur en vue de renforcer la garantie de la liberté d'expression, plusieurs facteurs me portent à croire qu'on a tort d'attacher trop d'importance à la protection explicite d'activités expressives dans une loi en matière de droits de la personne. En premier lieu, quoique ce point n'affaiblisse pas nécessairement l'argument des appelants, il convient de souligner que les lois en matière de droits de la personne du Canada, du Québec et du territoire du Yukon, ne contiennent pas de telle disposition protectrice et que, de toute façon, les exceptions mentionnées par les appelants figurent dans des dispositions qui diffèrent radicalement du par. 13(1). En deuxième lieu, dès lors qu'on décide que la restriction de la propagande haineuse est motivée par un objectif suffisamment important pour justifier que certaines limites soient imposées à la liberté d'expression, il serait illogique d'exiger que le par. 13(1) exclue toute activité tombant dans la catégorie de l'«expression».

Il est peut-être plus juste de voir dans ces prétendues exceptions, dans un bon nombre de lois sur les droits de la personne, une façon d'indiquer aux tribunaux des droits de la personne qu'il faut soupeser l'objectif de l'élimination de la discrimination et la nécessité de protéger la liberté d'expression (voir par exemple, *Rasheed v. Bramhill* (1980), 2 C.H.R.R. D/249, à la p. D/252). Quoi qu'il en soit, je ne crois pas me tromper en affirmant que, même en l'absence d'une telle exception, une interprétation du par. 13(1) qui lui fait porter le moins possible atteinte à la liberté d'expression s'impose. En disant cela j'ai présent à l'esprit la jurisprudence antérieure à la *Charte* traitant de la liberté d'expression, d'où il ressort nettement que les tribunaux peuvent adopter une interprétation destinée à empêcher les atteintes indues à la liberté d'expression (voir par exemple, *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *R. v. Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué.)). Il est donc révélateur qu'aux fins de déterminer la portée du par. 13(1) dans l'affaire *Taylor*, le Tribunal a tenu compte aussi bien de la prédilection de la common law pour des interprétations servant à protéger la liberté d'expression que de la garantie de la liberté de parole prévue à l'al. 1d) de la *Déclaration canadienne des droits*.

While words in s. 13(1) such as “hatred” and “contempt” can be read consistently with both the intent of Parliament to eradicate hate propaganda and a minimal impairment of s. 2(b) of the *Charter*, the appellants argue that no sympathetic interpretation can remedy the overbreadth created by reason of the section’s lack of an intent requirement. The focus of s. 13(1) is solely upon likely effects, it being irrelevant whether an individual wishes to expose persons to hatred or contempt on the basis of their race or religion. This inconsequentiality of intent is said to impinge seriously and unnecessarily upon the freedom of expression, and indeed in my reasons in *Keegstra* particular emphasis is placed upon the stringent intent requirement in saving s. 319(2) of the *Criminal Code* under s. 1 of the *Charter*. The argument of the CCLA referred to above in discussing “rational connection” is thus revisited, the gist of this intervenor’s submission being that individuals oblivious to the consequences of their communications, or even intending to reduce the incidence of discrimination, may be caught by s. 13(1).

An intent to discriminate is not a precondition of a finding of discrimination under human rights codes (*Ontario Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, at pp. 549-50; *Bhinder v. Canadian National Railway Co.*, [1985] 2 S.C.R. 561, at p. 586). The preoccupation with effects, and not with intent, is readily explicable when one considers that systemic discrimination is much more widespread in our society than is intentional discrimination. To import a subjective intent requirement into human rights provisions, rather than allowing tribunals to focus solely upon effects, would thus defeat one of the primary goals of anti-discrimination statutes. At the same time, however, it cannot be denied that to ignore intent in determining whether a discriminatory practice has taken place according to s. 13(1) increases the degree of restriction upon the constitutionally protected freedom of expression. This result flows from the realization that an individual open to condemna-

Bien que des mots comme «haine» et «mépris» au par. 13(1) se prêtent à une interprétation compatible à la fois avec l’intention du Parlement d’éliminer la propagande haineuse et avec l’idée d’une atteinte minimale à l’al. 2b) de la *Charte*, les appelants soutiennent qu’aucune interprétation, si favorable soit-elle, ne peut remédier à la portée excessive résultant du fait que le paragraphe n’exige pas l’intention. Le paragraphe 13(1) n’envisage que les effets probables et il semble être sans pertinence qu’un individu ait voulu exposer des personnes à la haine ou au mépris en raison de leur race ou de leur religion. On allègue que ce peu d’importance attachée à l’intention porte gravement et inutilement atteinte à la liberté d’expression et, en fait, dans mes motifs de l’arrêt *Keegstra*, j’insiste particulièrement sur l’exigence stricte en matière d’intention en décidant que le par. 319(2) du *Code criminel* est sauvegardé par l’article premier de la *Charte*. On revient donc à l’argument susmentionné de l’ACLC dans le cadre de l’examen du «lien rationnel». En effet, cet argument est essentiellement que des personnes inconscientes des conséquences de leurs communications ou qui ont même l’intention de réduire les cas de discrimination pourraient être visées par le par. 13(1).

L’intention d’établir une distinction n’est pas une condition préalable à la conclusion de discrimination en vertu des codes des droits de la personne (*Commission ontarienne des droits de la personne et O’Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, aux pp. 549 et 550; *Bhinder c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1985] 2 R.C.S. 561, à la p. 586). L’accent mis sur les effets, et non sur l’intention, s’explique facilement si l’on tient compte du fait que la discrimination systémique est beaucoup plus répandue dans notre société que la discrimination intentionnelle. Inclure dans des dispositions relatives aux droits de la personne l’exigence subjective de l’intention, au lieu de permettre aux tribunaux de porter uniquement leur attention sur les effets, ferait donc échec à l’un des principaux objectifs des lois interdisant la discrimination. En même temps, toutefois, on ne peut nier que ne pas tenir compte de l’intention pour déterminer si un acte discriminatoire a été commis au sens du par. 13(1)

tion and censure because his or her words may have an unintended effect will be more likely to exercise caution via self-censorship.

The absence of an intent requirement in the *Canadian Human Rights Act* thus presents the Court with a conflict between the objective of eradicating the discriminatory effects of certain expressive activities and the need to keep to a minimum restrictions upon the freedom of expression. This conflict is perhaps best discussed under the "effects" segment of the *Oakes* proportionality test, for the question is not so much whether the objective of s. 13(1) can be accomplished in a less restrictive way as it is whether the sacrifice required in order to combat successfully discriminatory effects is so severe as to make the impact of s. 13(1) upon the freedom of expression unacceptable. Nevertheless, putting aside this categorizational point, it seems to me that the important Parliamentary objective behind s. 13(1) can only be achieved by ignoring intent, and therefore the minimal impairment requirement of the *Oakes* proportionality test is not transgressed.

In coming to this conclusion, I do not mean to say that the purpose of eradicating discrimination in all its forms can justify any degree of impairment upon the freedom of expression, but it is well to remember that the present appeal concerns an infringement of s. 2(b) in the context of a human rights statute. The chill placed upon open expression in such a context will ordinarily be less severe than that occasioned where criminal legislation is involved, for attached to a criminal conviction is a significant degree of stigma and punishment, whereas the extent of opprobrium connected with the finding of discrimination is much diminished and the aim of remedial measures is more upon compensation and protection of the victim. As was stated in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*,

accroît le degré de restriction apporté à la liberté d'expression garantie par la Constitution. Cela résulte de ce que l'on sait qu'un individu risquant la condamnation ou la censure, parce que ses propos peuvent avoir une conséquence non voulue, exercera probablement une plus grande prudence par auto-censure.

L'absence de l'exigence d'une intention dans la *Loi canadienne sur les droits de la personne* place la Cour devant un conflit opposant l'objectif d'éliminer les effets discriminatoires de certaines activités expressives et la nécessité de maintenir au minimum les restrictions à la liberté d'expression. Il peut être préférable de traiter de ce conflit dans le cadre de l'examen du volet «effets» du critère de proportionnalité selon l'arrêt *Oakes*, car la question n'est pas tant de savoir si l'objectif du par. 13(1) peut être atteint avec des restrictions moindres, que de savoir si le sacrifice demandé pour réussir dans la lutte contre les effets discriminatoires est assez grave pour rendre inacceptable l'effet du par. 13(1) sur la liberté d'expression. Néanmoins, si l'on écarte cette question de classification, j'estime que l'objectif important visé par le législateur au par. 13(1) ne peut être atteint que si l'intention n'est pas prise en compte. En conséquence, l'exigence de l'atteinte minimale, dans le cadre du critère de proportionnalité selon l'arrêt *Oakes*, est respectée.

Je ne veux pas dire, par cette conclusion, que l'objectif d'éliminer la discrimination sous toutes ses formes peut justifier tout degré d'atteinte à la liberté d'expression, mais il ne faut pas oublier que le présent pourvoi concerne une atteinte à l'al. 2b) résultant d'une loi sur les droits de la personne. La paralysie de la libre expression dans un tel contexte sera normalement moins grave que s'il s'agissait d'une loi pénale, car toute déclaration de culpabilité, au pénal, s'accompagne de stigmates et de peines importants, alors que l'opprobre attaché à une conclusion de discrimination est beaucoup moins grand et qu'en outre les mesures réparatrices visent plutôt la compensation et la protection de la victime. Comme le dit l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la per-*

[1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, under a human rights regime:

It is the [discriminatory] practice itself which is sought to be precluded. The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination.

The last point is an important one and it deserves to be underscored. There is no indication that the purpose of the *Canadian Human Rights Act* is to assign or to punish moral blameworthiness.

In sum, it is my opinion that the absence of an intent component in s. 13(1) raises no problem of minimal impairment when one considers that the objective of the section requires an emphasis upon discriminatory effects. Moreover, and this is where I am perhaps jumping ahead to the "effects" component of the proportionality test, the purpose and impact of human rights codes is to prevent discriminatory effects rather than to stigmatize and punish those who discriminate. Consequently, in this context the absence of intent in s. 13(1) does not impinge so deleteriously upon the s. 2(b) freedom of expression so as to make intolerable the challenged provision's existence in a free and democratic society.

It is said in response by the appellants, however, that a finding of discrimination may impact upon an individual very severely indeed, an excellent case in point being the one year term of imprisonment imposed upon Mr. Taylor in the Federal Court, Trial Division. While I would have difficulty defending human rights provisions from a s. 2(b) attack if they exposed a discriminator to imprisonment despite a lack of intent, it must be remembered that Mr. Taylor's jail sentence was the result of a contempt order. While a realistic view of the operation of s. 13(1) demands that the possibility of a contempt order be considered when reviewing the section under the *Charter*, I think it important to understand fully the circumstances under which such an order may be issued.

Under the *Canadian Human Rights Act*, a contempt order must be preceded by an order of the

sonne), [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134, sous le régime d'une loi sur les droits de la personne:

C'est l'acte discriminatoire lui-même que l'on veut prévenir. La loi n'a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.

Ce dernier point est important et mérite d'être souligné. Rien n'indique que l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit d'attribuer une responsabilité morale ou de la punir.

En somme, j'estime que l'absence d'un élément d'intention au par. 13(1) ne soulève aucun problème en matière d'atteinte minimale si l'on considère que l'objectif de cette disposition exige de mettre l'accent sur les effets discriminatoires. De plus, et c'est peut-être sauter un peu trop tôt au chapitre des «effets» du critère de proportionnalité, le but et le rôle des codes des droits de la personne sont de prévenir des effets discriminatoires plutôt que de punir et de stigmatiser les personnes qui pratiquent la discrimination. En conséquence et dans ce contexte, l'absence d'intention au par. 13(1) n'a pas d'incidence si préjudiciable sur la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) que la présence de la disposition contestée devient intolérable dans une société libre et démocratique.

Toutefois, les appelants répondent à cela qu'une conclusion de discrimination peut avoir des conséquences effectivement très graves pour un individu, comme le montre bien d'ailleurs la peine d'un an de prison prononcée par la Division de première instance de la Cour fédérale contre M. Taylor. J'aurais quelque difficulté à défendre des dispositions en matière de droits de la personne contre une attaque fondée sur l'al. 2b) si elles exposaient le contrevenant à l'emprisonnement malgré l'absence d'intention de sa part, mais il ne faut pas oublier que M. Taylor a été condamné à cette peine de prison pour outrage au tribunal. Quoiqu'une compréhension réaliste de l'application du par. 13(1) exige que l'on tienne compte de l'éventualité d'une ordonnance pour outrage au tribunal dans l'examen de la disposition en vertu de la *Charte*, j'estime important de comprendre pleinement les circonstances dans lesquelles l'ordonnance peut être prononcée.

Aux termes de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, l'ordonnance pour outrage au tri-

Tribunal to cease and desist what has been found to be a discriminatory practice. Such a directive from the Tribunal necessarily brings to a respondent's attention the fact that his or her messages are likely to have a harmful effect. Uncertainty or mistake as to the probable effect of these messages is thus dissipated, and consequently their continued promulgation will be accompanied by the knowledge that certain individuals or groups are likely to be exposed to hatred or contempt on the basis of race or religion. At this stage of the process, it cannot be argued that an individual is innocent or negligent as to the effects of his or her message, and hence the spectre of imprisonment absent intent is dispelled. Indeed, the risk that incarceration will follow the unknowing transmission of discriminatory messages is further reduced by the requirement that a contempt order be based upon a finding that an individual has wilfully engaged in action prohibited by a court order (*Re Sheppard and Sheppard* (1976), 67 D.L.R. (3d) 592 (Ont. C.A.), at pp. 595-96). In short, a term of imprisonment is only possible where the respondent intentionally communicates messages which he or she knows have been found likely to cause the harm described in s. 13(1), and I therefore cannot agree that the possibility of a contempt order issuing against an individual unduly chills the freedom of expression.

Although I have found the absence of an intent requirement in s. 13(1) to be constitutionally acceptable, the section evinces yet another feature which is said to give it a fatally broad scope. In contrast to s. 319(2) of the *Criminal Code*, s. 13(1) provides no defences to the discriminatory practice it describes, and most especially does not contain an exemption for truthful statements. Accepting that the value of truth in all facets of life, including the political, is central to the s. 2(b) guarantee, the question becomes whether a restriction upon freedom of expression is excessive where it operates to suppress statements which are either truthful or perceived to be truthful.

bunale doit être précédée par une ordonnance du Tribunal enjoignant de mettre fin à l'acte discriminatoire. L'ordre ainsi émis par le Tribunal appelle nécessairement l'attention de l'intimé sur le fait que ses messages sont susceptibles d'avoir un effet préjudiciable. L'incertitude ou l'erreur quant à l'effet probable des messages est donc dissipée et si l'intéressé continue à les diffuser c'est en sachant que certaines personnes ou certains groupes sont susceptibles d'être exposés à la haine ou au mépris en raison de la race ou de la religion. À ce stade du processus, on ne peut soutenir qu'un individu est innocent ou négligent à l'égard des effets de son message, et le spectre de l'emprisonnement en l'absence d'intention délictueuse, disparaît. De fait, le risque que l'emprisonnement sanctionne la diffusion non voulue de messages discriminatoires est réduit encore par l'exigence que l'ordonnance pour outrage au tribunal soit fondée sur la conclusion que l'intéressé a volontairement accompli un acte interdit par ordonnance judiciaire (*Re Sheppard and Sheppard* (1976), 67 D.L.R. (3d) 592 (C.A. Ont.), aux pp. 595 et 596). En bref, l'emprisonnement ne peut être prononcé que lorsque l'intimé a intentionnellement transmis des messages tout en sachant qu'ils sont jugés susceptibles de causer le mal décrit au par. 13(1), et je ne peux donc être d'accord pour dire que la possibilité qu'une ordonnance pour outrage au tribunal soit prononcée contre un individu paralyse indûment la liberté d'expression.

Bien que je juge acceptable du point de vue constitutionnel l'absence d'exigence en matière d'intention au par. 13(1), celui-ci comporte une autre particularité qui, dit-on, lui donne une portée trop large. À la différence du par. 319(2) du *Code criminel*, le par. 13(1) ne prévoit aucun moyen de défense à l'égard de l'acte discriminatoire visé et, surtout, il ne renferme pas d'exception pour les déclarations véridiques. Si l'on tient pour acquis que la vérité en matière politique et dans tous les autres aspects de la vie est un élément essentiel de la garantie énoncée à l'al. 2b), la question qui se pose alors est de savoir si une restriction imposée à la liberté d'expression devient excessive lorsqu'elle a pour effet de réprimer des déclarations qui sont soit vraies soit perçues comme telles.

In *Keegstra*, I dealt in considerable detail with hate propaganda and the defence of truth, though in relation to the criminal offence of wilfully promoting hatred against an identifiable group. It was not strictly necessary in that appeal to decide whether or not this defence was essential to the constitutional validity of the impugned criminal provision, but I nevertheless offered an opinion on the matter, stating (at p. 781):

The way in which I have defined the s. 319(2) offence, in the context of the objective sought by society and the value of the prohibited expression, gives me some doubt as to whether the *Charter* mandates that truthful statements communicated with an intention to promote hatred need be excepted from criminal condemnation. Truth may be used for widely disparate ends, and I find it difficult to accept that circumstances exist where factually accurate statements can be used for no other purpose than to stir up hatred against a racial or religious group. It would seem to follow that there is no reason why the individual who intentionally employs such statements to achieve harmful ends must under the Charter be protected from criminal censure. [Emphasis in original.]

For the reasons given in the above quotation, I am of the view that the *Charter* does not mandate an exception for truthful statements in the context of s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*.

I am of course aware that my comments in *Keegstra* related to a provision where an individual could only be convicted upon proof that he or she intended to promote hatred, and that in *Keegstra* the presence of such an intention was specifically emphasized. Clearly, an intention to expose others to hatred or contempt on the basis of race or religion is not required in s. 13(1). As I have just explained, however, s. 13(1) operates within the context of a human rights statute. Accordingly, the importance of isolating effects (and hence ignoring intent) justifies this absence of a *mens rea* requirement. I also reiterate the point that the impact of the impugned section is less confrontational than would be the case with a criminal prohibition, the legislative framework encouraging a conciliatory settlement and forbidding the im-

Dans l'affaire *Keegstra*, je traite en détail de la propagande haineuse et du moyen de défense de véracité, quoique dans le contexte de l'infraction criminelle de la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable. Or, il n'était pas strictement nécessaire dans l'arrêt *Keegstra* de décider si l'existence de ce moyen de défense est essentielle à la constitutionnalité de la disposition pénale attaquée; j'exprime néanmoins l'opinion suivante sur la question (à la p. 781):

Vu ma définition de l'infraction prévue au par. 319(2), dans le contexte de l'objectif visé par la société et de la valeur de l'expression interdite, j'ai quelques doutes sur la question de savoir si la *Charte* exige que des déclarations véridiques communiquées avec l'intention de fomenter la haine échappent à la condamnation criminelle. La vérité peut servir aux fins les plus diverses, et j'ai de la difficulté à accepter qu'il existe des circonstances dans lesquelles des déclarations conformes aux faits puissent être utilisées à la seule fin de fomenter la haine contre un groupe racial ou religieux. Il semble donc en découler qu'il n'y a aucune raison qu'un individu, qui utilise intentionnellement de telles déclarations à des fins préjudiciables, bénéficie en vertu de la Charte d'une protection contre les sanctions criminelles. [Souligné dans l'original.]

Pour les raisons exposées dans ce passage, je suis d'avis que la *Charte* n'exige pas une exception pour les déclarations vraies dans le contexte du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

Je sais bien que mes observations dans l'arrêt *Keegstra* visent une disposition en vertu de laquelle une personne ne peut être déclarée coupable que si la preuve est faite de l'intention de promouvoir la haine et que dans l'affaire *Keegstra* l'existence de cette intention est spécialement soulignée. Manifestement, le par. 13(1) n'exige pas l'intention d'exposer d'autres personnes à la haine ou au mépris en fonction de la race ou de la religion. Comme je viens tout juste de l'expliquer cependant, le par. 13(1) s'applique dans le contexte d'une loi relative aux droits de la personne. Par conséquent, l'importance d'isoler des effets (et donc de ne pas tenir compte de l'intention) justifie l'absence de l'exigence de *mens rea*. Je rappelle que l'effet de cette disposition est moins conflictuel que s'il s'agissait d'une interdiction pénale, car le

sition of imprisonment unless an individual intentionally acts in a manner prohibited by an order registered with the Federal Court. I thus have no qualms in finding the sentiments expressed in *Keegstra* to be equally applicable in this appeal.

A final submission made in furtherance of the view that s. 13(1) impairs the freedom of expression more than is necessary pertains to the nature of the medium targeted by the section. It is contended that, in restricting use of the telephone to disseminate hate propaganda, the provision suppresses expression in instances where the recipient of a communication will likely agree with the content of the message received. Where he or she does not agree with the import of the communication, contact can easily be ended by hanging-up the telephone. In this vein, the CCLA has argued that the *Canadian Human Rights Act* should apply only to use of the telephone to harass recipients. A related point is that s. 13(1) works to suppress private communications, demonstrating an extensive and serious intrusion upon the privacy of the individual. Finally, it is pointed out that the telephone provides an inexpensive way of communicating with large numbers of people, and that minority groups and civil rights proponents attempting to further legitimate causes may be foiled by s. 13(1) and hence deprived of the medium best suited to relatively impoverished organizations seeking to spread new and perhaps valuable ideas.

I do not disagree with the view that telephone conversations are usually intended to be private; it is surely reasonable for people to expect that these communications will not be intercepted by third persons. Moreover, in determining in *Keegstra* that the criminal prohibition of hate propaganda in s. 319(2) of the *Criminal Code* is not constitutionally overbroad, I relied to an extent upon the fact that private communications were not affected. The connection between s. 2(b) and privacy is thus not to be rashly dismissed, and I am open to the view that justifications for abrogating the free-

cadre législatif favorise un règlement par conciliation et n'autorise l'imposition d'une amende ou de l'emprisonnement que si la personne accomplit intentionnellement les actes prohibés par une ordonnance inscrite en Cour fédérale. Je n'ai aucune hésitation à conclure que l'avis exprimé dans l'arrêt *Keegstra* s'applique également au présent pourvoi.

Un dernier argument à l'appui de l'opinion que le par. 13(1) restreint plus que nécessaire la liberté d'expression vise la nature du moyen de communication visé par ce paragraphe. On soutient qu'en interdisant l'utilisation du téléphone pour diffuser de la propagande haineuse, la disposition interdit l'expression dans des cas où le destinataire de la communication peut être d'accord avec le contenu du message reçu. S'il n'est pas d'accord avec la teneur de la communication, il peut facilement y mettre fin en raccrochant. Dans le même ordre d'idées, l'ACLC soutient que la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne devrait s'appliquer que si on utilise le téléphone pour harceler les personnes appelées. Selon un autre argument connexe, le par. 13(1) a pour conséquence d'interdire des communications privées, ce qui est une intrusion grave et profonde dans la vie privée des personnes. Enfin, on souligne que le téléphone offre un moyen peu coûteux d'atteindre un grand nombre de personnes et que des minorités et des groupes de défense des libertés publiques cherchant à diffuser des messages légitimes peuvent être gênés par le par. 13(1) et par conséquent être privés du meilleur moyen pour des organisations peu fortunées de diffuser des idées nouvelles et peut-être valables.

Je conviens qu'ordinairement les conversations téléphoniques sont censées être privées; il est certainement raisonnable d'espérer que des tiers n'intercepteront pas ces communications. De plus, pour décider dans l'arrêt *Keegstra* que l'interdiction pénale de la propagande haineuse au par. 319(2) du *Code criminel* n'est pas trop large pour être constitutionnelle, je me suis fondé, dans une certaine mesure, sur le fait que les communications privées n'étaient pas touchées. On ne devrait pas écartier inconsidérément le lien entre l'al. 2b) et le droit à la vie privée et je conviens que les justifica-

dom of expression are less easily envisioned where expressive activity is not intended to be public, in large part because the harms which might arise from the dissemination of meaning are usually minimized when communication takes place in private, but perhaps also because the freedoms of conscience, thought and belief are particularly engaged in a private setting.

Simply to label telephone communications as "private", however, does not justify the conclusion that s. 13(1) is overbroad. As was noted by the CCLA, the telephone is a medium which allows numerous organizations to present information and views to a sizable proportion of the public, whether through active calling or the use of recorded messages. While conversations almost always take place on a one-to-one basis, the overall effect of phone campaigns is undeniably public, and the reasonable assumption to make is that these campaigns can have an effect upon the public's beliefs and attitudes. Indeed, in the recent case of *Nealy, supra*, expert evidence presented to the Human Rights Tribunal by Dr. René-Jean Ravault, who also appeared before the Tribunal in *Taylor*, suggests that the telephone is ideally suited to the effective transmission of prejudicial beliefs, and in this respect the Tribunal stated (at pp. D/6485-86):

This brings us to the second and more specific contextual reason which justifies the compass of the provision and that is the medium through which the hate messages are communicated. We have earlier pointed to the important testimony of Dr. Ravault as to the attractions and advantages of telephone communication to racists and white supremacists in terms of connecting with and attempting to influence those in the community who are for one reason or another bewildered or disaffected by events and forces over which they feel they have no control. Dr. Ravault was also able to demonstrate how the authors of hate messages are able through subtle manipulation and juxtaposition of material to give a veneer of credibility to the content of the messages. The combination of the telephonic medium and the material is, we believe, particularly insidious, because, while a public means of communication is used, it is one which gives the listener the impression of direct, personal, almost private, contact by the speaker, provides no realistic means of questioning the information or views

tions d'une restriction de la liberté d'expression sont moins faciles à établir quand l'activité d'expression n'est pas destinée au public, essentiellement parce que le mal qui peut découler de la dissémination d'un message est limité quand la communication est privée, mais aussi peut-être parce que les libertés de conscience, de pensée et de croyance sont mises en cause de façon particulière dans un cadre privé.

Dire simplement que les communications téléphoniques sont «privées» ne justifie cependant pas de conclure que le par. 13(1) est trop large. Comme l'ACLC l'a noté, le téléphone permet à de nombreux organismes de communiquer des renseignements et des opinions à une partie importante du public, sous forme d'appels directs ou de messages enregistrés. Bien que les conversations aient lieu avec une seule personne à la fois, l'effet global des campagnes d'appels téléphoniques est indéniablement public et il est raisonnable de supposer que ces campagnes influencent les opinions et les attitudes du public. Ainsi, dans la décision récente *Nealy*, précitée, le témoignage d'expert de M. René-Jean Ravault, qui a déposé devant le Tribunal dans cette affaire et dans l'affaire *Taylor*, comporte l'affirmation que le téléphone est parfaitement adapté à la transmission d'opinions fondées sur des préjugés. Le Tribunal a dit à ce sujet (aux pp. D/6485-86):

Cet argument nous mène au deuxième motif, plus précis dans le contexte, qui justifie la portée de la disposition, c'est-à-dire le médium par lequel les messages haineux sont communiqués. Nous avons fait ressortir précédemment l'important témoignage de M. Ravault pour souligner les avantages que représente la communication téléphonique pour les racistes et ceux qui prônent la suprématie de la race blanche, qui veulent communiquer avec ceux qui, au sein de la collectivité, pour une raison ou pour une autre sont perturbés ou mécontents du fait des événements et des forces sur lesquels ils sentent n'avoir aucune maîtrise et qui veulent les influencer. M. Ravault a également été en mesure d'établir comment les auteurs des messages haineux peuvent, par une manipulation et une juxtaposition subtiles des messages, donner une apparence de crédibilité au contenu des messages. La combinaison du moyen téléphonique et du message est, à notre avis, particulièrement insidieuse parce que, même s'il s'agit d'un moyen de communication public, ce moyen donne à l'auditeur l'impression

presented and is subject to no counter-argument within that particular communications context.

I agree with the Tribunal's comments regarding telephone communications and hate propaganda, and find its observations to be helpful in rebutting the contention that the private nature of telephone conversations makes especially difficult the imposition of constitutionally valid limitations upon expressive telephonic activity. Those who repeatedly communicate messages likely to expose others to racial or religious hatred or contempt are seeking to gain converts to their position. The evidence of the Cohen Committee, referred to extensively in *Keegstra*, and expert testimony given before the Tribunals in both *Taylor* and *Nealy*, suggest that hate propaganda often works insidiously to spread a message of intolerance and inequality, and that the telephone is particularly suited to this mode of communication.

Section 13(1) is worded so as to diminish phone use of the type I have just described, for in the context of s. 13(1) the term "repeated" must comport a requirement for something in the way of a series of messages. Moreover, because the Tribunal must be satisfied that the messages are likely to expose persons to hatred or contempt, it may be that even a series of personal calls (by which I mean communications with friends and acquaintances) espousing hate propaganda will not constitute a discriminatory practice within the definition of the section. I thus think it misleading to conflate the discussion to the point where all one sees is the telephone's position as an apparatus oft-used for private communications, and hence mistakenly to conclude that s. 13(1) suppresses messages which do little to promote the harms caused by hate propaganda.

As the preceding discussion shows, the freedom of expression is not unnecessarily impaired by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*. The

d'un contact direct, personnel, presque privé avec le locuteur, qui ne fournit aucun moyen réaliste de contester les renseignements ou les opinions présentés et ne peut être soumis à aucun contre-argument dans le contexte de ces communications particulières.

Je souscris à l'avis du Tribunal au sujet des communications téléphoniques et de la propagande haineuse et je trouve ses commentaires utiles pour réfuter la prétention que la nature privée des conversations téléphoniques rend particulièrement difficile l'imposition, à l'activité d'expression au téléphone, de restrictions valides du point de vue constitutionnel. Ceux qui transmettent de façon répétée des messages susceptibles d'exposer d'autres personnes à la haine ou au mépris pour des motifs de race ou de religion cherchent à faire adhérer des gens à leur point de vue. Les éléments de preuve fournis par le comité Cohen dont il est largement question dans l'affaire *Keegstra* et les témoignages d'experts devant le Tribunal dans les affaires *Taylor* et *Nealy* indiquent que la propagande haineuse contribue de façon insidieuse à répandre un message d'intolérance et d'inégalité et que le téléphone se prête particulièrement bien à ce genre de communications.

Le paragraphe 13(1) est rédigé de façon à restreindre l'utilisation du téléphone aux fins que je viens de mentionner, parce que, dans le contexte de ce paragraphe, le mot «répétée» doit comporter la condition qu'il y ait une série de messages. De plus, parce qu'il faut que le Tribunal soit convaincu que les messages sont susceptibles d'exposer des personnes à la haine ou au mépris, il se pourrait que même une série d'appels personnels (c'est-à-dire de communications avec des amis ou des connaissances) qui fomentent la propagande haineuse ne soit pas une pratique discriminatoire au sens de cette disposition. Je crois qu'il est fallacieux d'embrouiller la discussion au point de ne voir dans le téléphone qu'un outil de communications privées et d'en conclure à tort que le par. 13(1) interdit des messages qui contribuent peu à causer les maux qui résultent de la propagande haineuse.

Comme l'examen qui précède l'indique, la liberté d'expression n'est pas inutilement limitée en vertu du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les*

terms of the section, in particular the phrase "hatred or contempt", are sufficiently precise and narrow to limit its impact to those expressive activities which are repugnant to Parliament's objective of promoting equality and tolerance in society. That no special provision exists to emphasize the importance of minimally impairing the freedom of expression does not create in s. 13(1) an overly wide or loose scope, for both its purpose and the common law's traditional desire to protect expressive activity permit an interpretation solicitous of this important freedom.

Though it is true that the absence of an intent requirement under s. 13(1) may make the section wider in scope than the criminal provision upheld in *Keegstra*, this particular distinction is made necessary by the important objective of the *Canadian Human Rights Act* of eradicating systemic discrimination. Moreover, intent is far from irrelevant when imposing incarcerating sanctions upon an individual by way of a contempt order, subjective awareness of the likely effect of one's messages being a necessary precondition for the issuance of such an order by the Federal Court. A similar point can be made regarding the lack of defences offered under the Act, though as I have noted it is quite conceivable that the full panoply of defences is not constitutionally required in even a criminal provision. Finally, by focusing upon "repeated" telephonic messages, s. 13(1) directs its attention to public, larger-scale schemes for the dissemination of hate propaganda, the very type of phone use which most threatens the admirable aim underlying the *Canadian Human Rights Act*.

(iii) *Effects*

It will be apparent from the preceding discussion that I do not view the effects of s. 13(1) upon the freedom of expression to be so deleterious as to make intolerable its existence in a free and democratic society. The section furthers a government objective of great significance and impinges upon

droits de la personne. Le libellé du paragraphe, et surtout l'expression «à la haine [ou] au mépris» sont assez précis et restrictifs pour limiter son effet aux activités d'expression qui sont contraires à l'objectif poursuivi par le législateur de favoriser l'égalité et la tolérance dans la société. L'absence de disposition qui soulignerait l'importance de restreindre le moins possible la liberté d'expression ne donne pas au par. 13(1) une portée trop générale ou trop étendue, parce que son objectif et le souci traditionnel de la common law de protéger les activités d'expression permettent de l'interpréter d'une manière qui respecte cette importante liberté.

S'il est vrai que l'absence de l'exigence d'intention en vertu du par. 13(1) peut lui donner une portée plus grande que la disposition de droit pénal dont la validité est confirmée dans l'arrêt *Keegstra*, cette distinction est rendue nécessaire par l'important objectif de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* d'éliminer la discrimination systémique. De plus, l'intention n'est certainement pas dénuée de pertinence quand on impose des peines d'emprisonnement à une personne par le biais d'une ordonnance pour outrage au tribunal, car la conscience de l'effet probable des messages est une condition à la délivrance d'une ordonnance par la Cour fédérale. On peut en affirmer autant au sujet de l'absence de moyens de défense autorisés par la Loi, bien que, comme je l'ai déjà mentionné, il soit concevable que tout l'arsenal des moyens de défense ne soit pas constitutionnellement requis même dans le cas d'une disposition criminelle. Enfin, en insistant sur la répétition des messages téléphoniques, le par. 13(1) vise la dissémination publique et de grande envergure de la propagande haineuse, soit le type même d'utilisation du téléphone qui menace le plus la réalisation de l'objet admirable de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

i (iii) *Les effets*

Il ressort de l'examen qui précède que je ne considère pas que l'effet du par. 13(1) sur la liberté d'expression soit si dommageable qu'il rende son existence intolérable dans une société libre et démocratique. Le paragraphe vise un objet gouvernemental d'une grande importance et limite

expression exhibiting only tenuous links with the rationale underlying the freedom of expression guarantee. Moreover, operating in the context of the procedural and remedial provisions of the *Canadian Human Rights Act*, s. 13(1) plays a minimal role in the imposition of moral, financial or incarcerating sanctions, the primary goal being to act directly for the benefit of those likely to be exposed to the harms caused by hate propaganda. It is therefore my opinion that the degree of limitation imposed upon the freedom of expression by s. 13(1) is not unduly harsh, and that the third requirement of the *Oakes* proportionality approach is satisfied.

C. Section 13(1) and the Freedom of Expression: Conclusion Under Section 1 of the Charter

Having found that the effects of s. 13(1) are acceptable in light of the important objective sought by Parliament, I conclude that the government has satisfactorily demonstrated the proportionality of the provision. Consequently, s. 13(1) is saved under s. 1 of the *Charter* as a limit reasonable in a free and democratic society. It only remains to ask after the constitutional validity of the Tribunal's cease and desist order and the non-constitutional issue of reasonable apprehension of bias, and it is to these matters that I now turn.

VI. The Tribunal's Order and the Freedom of Expression

Upon concluding that the appellants had participated in a discriminatory activity as described in s. 13(1), the Tribunal issued a cease and desist order which, as I have noted, took the following form:

We therefore order the Respondents to cease their discriminatory practice of using the telephone to communicate repeatedly the subject matter which has formed the contents of the tape-recorded messages referred to in the complaints.

The appellants contend that, even if s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* does not unjustifiably infringe s. 2(b) of the *Charter*, the order of the Tribunal is unconstitutional as violating the freedom of expression. By and large, the submis-

une expression qui n'a que des liens ténus avec le fondement de la garantie de la liberté d'expression. De plus, puisqu'il s'applique dans le contexte des procédures et des dispositions réparatrices prévues par la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, le par. 13(1) a peu d'effet sur l'imposition de sanctions morales, financières ou d'incarcération, son but premier étant de profiter directement à ceux qui sont susceptibles d'être exposés aux maux de la propagande haineuse. Je suis donc d'avis que le par. 13(1) n'impose pas un degré de restriction trop sévère à la liberté d'expression et que la troisième condition du critère de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* est respectée.

C. Le paragraphe 13(1) et la liberté d'expression: Conclusion relativement à l'article premier de la Charte

Ayant constaté que les conséquences du par. 13(1) sont acceptables en raison de l'importance de l'objet recherché par le Parlement, je conclus que le gouvernement a démontré de façon satisfaisante la proportionnalité de la disposition. En conséquence, le par. 13(1) est sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte* comme limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Il reste seulement à vérifier la validité constitutionnelle de l'ordonnance d'interdit prononcée par le Tribunal et à trancher la question non constitutionnelle de la crainte raisonnable de partialité.

VI. L'ordonnance du Tribunal et la liberté d'expression

Après avoir conclu que les appelants avaient participé à une activité discriminatoire définie au par. 13(1), le Tribunal a délivré une ordonnance d'interdit qui, je l'ai déjà souligné, était ainsi rédigée:

Par conséquent, nous ordonnons donc que les défendeurs cessent leur pratique discriminatoire en utilisant le téléphone pour transmettre de façon répétée les messages enregistrés mentionnés dans les plaintes.

Les appelants soutiennent que, même si le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne viole pas l'al. 2b) de la *Charte* d'une manière qui ne peut se justifier, l'ordonnance du Tribunal est inconstitutionnelle parce qu'elle

sions of the appellants on this point echo those made with respect to s. 13(1). The only argument truly unique to the order is that in failing to identify the nature of the prohibited subject matter the directive of the Tribunal is unacceptably vague.

Assuming that the *Charter* applies to the Tribunal's order, it is my opinion that the appellants' argument must fail. The entire decision of the Tribunal, including the paragraph just quoted, has been entered in the Judgment and Order Book of the Federal Court, and it is only reasonable to read this paragraph in the context of the Tribunal's expansive reasons. These reasons are emphatically clear in describing the subject-matter found to constitute a discriminatory practice, namely, messages claiming the existence of a Jewish conspiracy seeking to undermine and destroy Canadian society, a conspiracy said to be responsible for most of the ills presently afflicting our nation and which must be defended against at all costs.

In the words of Mahoney J. in the Federal Court of Appeal, "[t]he appellants can have had no *bona fide* doubt that the subject matter enjoined was subject matter likely to expose Jews to hatred or contempt" (p. 601). It is thus clear that the order of the Tribunal is constitutionally valid.

VII. Apprehension of Bias in the Tribunal

Even if s. 13(1) and the cease and desist order are constitutionally valid, as I have concluded, the appellants seek to evade the impact of the Federal Court's contempt order by arguing that the decision of the Tribunal is inoperative because of a reasonable apprehension of bias. This position relies upon the Federal Court of Appeal ruling in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856, which decided that ss. 39(1) and 39(5) of the *Canadian Human Rights Act* were of no effect to the extent that they permitted the Commission to appoint the very tribunal before which it appeared as a prosecuting party. The court in *MacBain* employed s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, which guarantees the right to a fair hearing in accordance with

enfreint la liberté d'expression. Les arguments avancés par les appelants sur ce point correspondent en bonne partie à ceux qu'ils ont présentés au sujet du par. 13(1). Le seul argument vraiment spécifique à l'ordonnance du Tribunal est celui selon lequel, puisqu'elle n'identifie pas la nature de l'objet de l'interdiction, elle est excessivement vague.

Même dans l'hypothèse où la *Charte* s'appliquerait à l'ordonnance du Tribunal, je suis d'avis de rejeter cet argument. Toute la décision du Tribunal, y compris l'alinéa que je viens de citer, a été inscrit au livre des jugements et ordonnances de la Cour fédérale et il est raisonnable d'interpréter cet alinéa dans le cadre des longs motifs du Tribunal. Ces motifs désignent très clairement ce qui constitue une pratique discriminatoire, c'est-à-dire les messages qui affirment qu'il existe une conspiration juive en vue de miner et détruire la société canadienne, conspiration qui serait responsable de la plupart des maux qui affligent actuellement notre pays et contre lesquels il faut se prémunir à tout prix.

Selon l'expression utilisée par le juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale «[l]es appelants n'ont pas pu douter de bonne foi que ce qui leur était interdit était les messages de nature à exposer les Juifs à la haine et au mépris» (p. 601). Il est donc manifeste que l'ordonnance est valide du point de vue constitutionnel.

VII. La crainte de partialité de la part du Tribunal

Même si le par. 13(1) et l'ordonnance d'interdit sont valides du point de vue constitutionnel, et telle est ma conclusion, les appelants cherchent à se soustraire aux conséquences de l'ordonnance d'outrage de la Cour fédérale en soutenant que la décision du Tribunal est inopérante en raison d'une crainte raisonnable de partialité. Cet argument s'appuie sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856, qui a statué que les par. 39(1) et (5) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sont inopérants dans la mesure où ils permettent à la Commission de nommer le tribunal devant lequel la Commission agit comme poursuivant. Dans l'arrêt *MacBain*, la cour s'est fondée sur l'al. 2e) de la

the principles of fundamental justice, to declare inoperative the challenged provisions of the Act in so far as they applied to the complaint against the appellant MacBain.

The Federal Court of Appeal rejected the appellants' argument, Mahoney J. relying upon *In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Ltd.*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.), where it was accepted that a respondent is taken to have waived s. 2(e)'s protection regarding a reasonable apprehension of bias unless such bias is alleged at the earliest practical opportunity. In the case at hand, the matter of bias had not been raised until the hearing before the Federal Court of Appeal in the spring of 1987, almost eight years after the Tribunal released its reasons. As over a period of many years the appellants had made no effort to raise allegations of reasonable apprehension of bias, Mahoney J. found their inaction to constitute waiver.

The narrow *ratio* of Mahoney J.'s reasons, however, hinged on the fact that the appellants had not sought to challenge the legitimacy of the Tribunal order directly, but rather had simply treated the order as void and attacked it collaterally in a contempt proceeding. Adopting the rationale of O'Leary J. in *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.), at p. 613, he stated (at p. 601):

The duty of a person bound by an order of a court is to obey that order while it remains in force regardless of how flawed he may consider it or how flawed it may, in fact, be. Public order demands that it be negated by due process of the law, not by disobedience.

As the appellants had neglected to attack the impugned order by due process of law, Mahoney J. concluded that the finding of contempt could not be challenged by alleging a reasonable apprehension of bias.

I am in complete accord with the reasoning of Mahoney J. in the Federal Court of Appeal, and

Déclaration canadienne des droits, qui garantit le droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour déclarer inopérante la disposition contestée de la Loi dans la mesure où elle s'appliquait à l'appellant MacBain.

La Cour d'appel fédérale a rejeté l'argument des appelants. Le juge Mahoney s'est fondé sur l'*Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Ltée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.), qui a statué que l'intimée est présumée avoir renoncé à la protection offerte par l'al. 2e) relativement à la crainte raisonnable de partialité à moins que cette partialité ne soit invoquée à la première véritable occasion possible. En l'espèce, le sujet de la crainte de partialité n'a pas été soulevée avant l'audition en Cour d'appel fédérale au printemps de 1987, presque huit ans après la publication des motifs du Tribunal. Puisque pendant plusieurs années, les appelants n'ont pas tenté d'invoquer la crainte raisonnable de partialité, le juge Mahoney a conclu que leur conduite comportait renonciation.

Le fondement précis des motifs du juge Mahoney tient cependant à ce que les appelants n'ont pas cherché à contester directement la légalité de l'ordonnance du Tribunal, mais qu'ils ont plutôt considéré l'ordonnance comme nulle et l'ont contestée indirectement dans la procédure pour outrage. Invoquant les motifs du juge O'Leary dans l'arrêt *Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)* (1974), 4 O.R. (2d) 585 (H.C.), à la p. 613, il dit (à la p. 601):

La personne qui est liée par une ordonnance d'un tribunal doit se soumettre à cette ordonnance pendant que celle-ci reste en vigueur, quelque imparfaite qu'elle puisse la considérer ou quelque imparfaite qu'elle puisse réellement être. L'ordre public exige que ce soit l'application régulière de la loi qui fasse échec à une ordonnance, et non pas son inobservation.

Puisque les appelants ont négligé de contester l'ordonnance selon l'application régulière de la loi, le juge Mahoney conclut que la constatation de l'outrage ne peut être mise en question par l'allégation de crainte raisonnable de partialité.

Je suis tout à fait d'accord avec le raisonnement du juge Mahoney, de la Cour d'appel fédérale, et

therefore conclude that the appellants' submission regarding a reasonable apprehension of bias is without merit. As a postscript, however, I must emphasize that no arguments were presented regarding the applicability of *Charter* provisions, and in coming to the above conclusion I have not taken the possible effect of the *Charter* into account.

VIII. Disposition

Having concluded that neither s. 13(1) nor the cease and desist order of the Tribunal unjustifiably infringes s. 2(b) of the *Charter*, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, is inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: Yes.

3. Are the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, are they consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b)?

Answer: Assuming that the *Charter* applies, these orders infringe s. 2(b) of the *Charter*.

4. If the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, are subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b), do they constitute a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

je conclus que l'argument des appelants au sujet de la crainte raisonnable de partialité n'est pas fondé. Je dois souligner, de plus, qu'aucune argumentation n'a été soumise au sujet de l'application de la *Charte* et que je n'ai pas tenu compte des conséquences possibles de la *Charte* sur ce point.

b VIII. Dispositif

Ayant conclu que ni le par. 13(1), ni l'ordonnance d'interdit du Tribunal n'enfreignent l'al. 2b) de la *Charte* d'une façon injustifiable, je répondrais ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est-il compatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est incompatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Oui.

3. L'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent-elles être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-elles compatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b)?

Réponse: Dans l'hypothèse où la *Charte* s'applique, ces ordonnances enfreignent l'al. 2b) de la *Charte*.

4. Si l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont incompatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b), constituent-elles une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?

Answer: Yes.

As for the non-constitutional issue regarding the reasonable apprehension of bias, I agree with the view of Mahoney J. in the Federal Court of Appeal that the order of the Tribunal cannot be attacked on this ground.

Consequent upon the above conclusions, I would dismiss the appeal with costs to the respondent Commission.

The reasons of La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting in part)—This case challenges the constitutional validity of s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, which prohibits the use of repeated telephonic communications where the communication is likely to expose a person or groups of persons to hatred or contempt.

The appellants were found by the Human Rights Tribunal to have violated the section in 1979, before the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Tribunal ordered that the appellants cease and desist from such communications. Pursuant to the Act, the order of the Tribunal was filed as a Federal Court Order. The appellants continued to violate the order and were cited for contempt of the court order. After the *Charter* came into force, the appellants were again brought before the Court and again cited for contempt of the original order. It is this second citation for contempt which is challenged in the present case.

The appellants argue that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* and the order of the Tribunal violate s. 2(b) of the *Charter* and are invalid. They ask that the findings of contempt against them be set aside on the ground that the Federal Court order, which they disobeyed, is without foundation and invalid.

Réponse: Oui.

Quant à la question non constitutionnelle de la crainte raisonnable de partialité, je souscris au raisonnement du juge Mahoney de la Cour d'appel fédérale et je conclus que l'ordonnance du Tribunal ne peut pas être contestée pour ce motif.

Vu les conclusions qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur de la Commission intimée.

Version française des motifs des juges La Forest, Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente en partie)—Le présent pourvoi conteste la constitutionnalité du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, qui interdit d'utiliser de façon répétée des communications téléphoniques lorsque ces communications sont susceptibles d'exposer à la haine ou au mépris une personne ou des groupes.

Le Tribunal des droits de la personne a décidé que les appelants avaient enfreint le paragraphe en question en 1979, soit avant l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et leur a ordonné de cesser les communications. Conformément à la Loi, l'ordonnance du Tribunal a été déposée comme ordonnance de la Cour fédérale. Les appelants, ayant continué à désobéir à l'ordonnance, ont été déclarés coupables d'outrage au tribunal. Après l'entrée en vigueur de la *Charte*, les appelants ont été de nouveau traduits devant la justice et reconnus coupables encore une fois de désobéissance à l'ordonnance initiale. C'est cette seconde condamnation pour outrage au tribunal qui est contestée en l'espèce.

Les appelants soutiennent que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et l'ordonnance du Tribunal violent l'al. 2b) de la *Charte* et sont donc invalides. Ils demandent l'annulation de la condamnation pour outrage au tribunal au motif que l'ordonnance de la Cour fédérale, à laquelle ils ont désobéi, est sans fondement et invalide.

Facts

Between 1977 and 1979 the appellants distributed cards inviting calls to a Toronto telephone number answered by recorded messages. The messages, while in part arguably innocuous, contained statements denigrating the Jewish race and religion. In 1979, complaints about these messages were lodged with the Canadian Human Rights Commission. The Commission established a tribunal which, following an investigation, concluded that the messages constituted a discriminatory practice under s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* and ordered the appellants to cease the practice. The Tribunal wrote:

We hold that Mr. Taylor and the Western Guard Party have communicated telephonically or have caused to be so communicated, repeatedly, messages in whole or in part by means of facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament. Although some of the messages by themselves are somewhat innocuous, the matter for the most part that they have communicated, we believe, is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that the person is identifiable by race or religion. In particular, the messages identify specific individuals by name . . . and we believe that the remarks about those individuals have a likelihood of exposing them to hatred or contempt, merely on the basis that they are said to be Jewish. Moreover, we hold that the messages in question not only expose identified individuals but persons generally to hatred or contempt by reason of the fact that those persons are identifiable as Jews. We therefore find that the complaints are substantiated.

The cease and desist order of the Tribunal was filed in the Federal Court, pursuant to ss. 43(1) and 43(2) of the Act. The messages, however, continued. On February 21, 1980, Dubé J. found the appellants in contempt of the order: (1980), 1 C.H.R.R. D/47. The Party was sentenced to a \$5,000 fine and Taylor, the Party's leader (who had recorded the tapes), was sentenced to one-year's imprisonment. Dubé J. suspended the sentence upon the condition that the appellants obey the Tribunal's order.

Les faits

Entre 1977 et 1979, les appelants ont distribué des cartes qui invitaient à composer un numéro de téléphone à Toronto qui faisait entendre des messages enregistrés. Ces messages, que l'on pourrait prétendre inoffensifs en partie, contenaient des déclarations dénigrant la race et la religion juives. En 1979, des plaintes relatives à ces messages ont été portées devant la Commission canadienne des droits de la personne. La Commission a établi un tribunal qui, au terme d'une enquête, a conclu que les messages constituaient un acte discriminatoire visé au par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et a ordonné aux appelants de cesser cet acte. Le Tribunal a écrit:

Nous soutenons que M. Taylor et le Western Guard Party ont utilisé ou fait utiliser un téléphone de façon répétée, pour transmettre des messages, en totalité ou en partie, en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunications relevant de la compétence du Parlement. Bien que certains de ces messages fussent en soi quelque peu inoffensifs, la majorité des propos qu'ils ont transmis, sont susceptibles, croyons-nous, d'exposer des personnes à la haine ou au mépris en raison du fait que la personne visée est identifiable quant à sa race ou sa religion. Les messages mentionnent des individus en particulier, par leur nom [...] et nous croyons que les observations faites à leur sujet sont susceptibles de les exposer à la haine ou au mépris, du seul fait qu'on les déclare Juifs. De plus, nous estimons que les messages en question exposent à la haine ou au mépris non seulement les personnes juives identifiées mais tous les Juifs. Par conséquent, nous jugeons que les plaintes sont justifiées.

L'ordonnance d'interdit rendue par le Tribunal a été déposée à la Cour fédérale conformément aux par. 43(1) et (2) de la Loi. La transmission des messages a cependant continué. Le 21 février 1980, le juge Dubé a déclaré les appelants coupables de désobéissance à l'ordonnance: (1980), 1 C.H.R.R. D/47. Le parti s'est vu infliger une amende de 5 000 \$ et Taylor, le chef du parti (qui avait fait les enregistrements), a été condamné à un an d'emprisonnement. Le juge Dubé a sursis à l'exécution de la peine, à la condition que les appelants obéissent à l'ordonnance du Tribunal.

The appellants continued to disobey the order. Accordingly, the Canadian Human Rights Commission applied to have the suspension lifted. On June 11, 1980, Walsh J. granted the application, and made an order lifting the suspension of the sentence. An order of committal against Taylor followed, notwithstanding that the appellants had instigated an appeal from the original order (dismissed by the Federal Court of Appeal, February 27, 1981). Taylor served his time in prison.

On May 12, 1983, the Canadian Human Rights Commission filed another application in the Federal Court, alleging that further messages were transmitted between June 22, 1982 and April 20, 1983 and that these messages also breached the Tribunal's original cease and desist order. The Commission sought a further order of committal of Taylor and a further \$5,000 fine against the Party. In the meantime, the *Charter* had been adopted on April 17, 1982. Relying on the *Charter*, the appellants argued that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* violated s. 2(b), and that the order was of no effect. Jerome A.C.J. rejected this argument. An appeal to the Federal Court of Appeal was unsuccessful. Leave to appeal to this Court was granted December 3, 1987, [1987] 2 S.C.R. x.

Relevant Legislation

The *Canadian Human Rights Act* provides:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws in Canada to give effect, within the purview of matters coming within the legislative authority of Parliament of Canada to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

13. (1) It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated,

Les appellants ont persisté dans leur désobéissance à l'ordonnance. La Commission canadienne des droits de la personne a en conséquence demandé la levée du sursis. Le 11 juin 1980, le juge Walsh a annulé le sursis de l'exécution de la sentence. Une ordonnance d'incarcération a été rendue par la suite contre Taylor, bien que les appelants aient interjeté appel de l'ordonnance initiale (appel rejeté par la Cour d'appel fédérale le 27 février 1981). Taylor a purgé sa peine d'emprisonnement.

Le 12 mai 1983, alléguant que d'autres messages avaient été transmis entre le 22 juin 1982 et le 20 avril 1983 et que ces messages violaient eux aussi l'ordonnance initiale du Tribunal, la Commission canadienne des droits de la personne a saisi la Cour fédérale d'une nouvelle demande. Elle a demandé en effet qu'une nouvelle ordonnance d'incarcération soit rendue contre Taylor et que le parti soit condamné à une nouvelle amende de 5 000 \$. Entre-temps, soit le 17 avril 1982, la *Charte* avait été adoptée. Invoquant la *Charte*, les appelants ont fait valoir que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* enfreignait l'al. 2b) et que l'ordonnance était inopérante. Le juge en chef adjoint Jerome a rejeté cet argument. L'appel interjeté devant la Cour d'appel fédérale a échoué. L'autorisation de se pourvoir devant notre Cour a été accordée le 3 décembre 1987, [1987] 2 R.C.S. x.

Les textes législatifs pertinents

La *Loi canadienne sur les droits de la personne*:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne actuelle en donnant effet, dans le champ de compétence du Parlement du Canada, au principe suivant: tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

13. (1) Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un télé-

repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

Section 13 is part of a comprehensive statutory scheme aimed at preventing repetitive discriminatory telephone communications. Any person or group of persons who believes that a person is engaging in discriminatory practices contravening s. 13(1) may lodge a complaint pursuant to s. 32. Alternatively, the Commission itself may instigate a complaint. After a complaint is filed, the Commission may appoint an investigator to investigate the complaint. At any stage after the filing of a complaint the Commission may appoint a human rights tribunal to inquire further into the complaint. If the tribunal finds that the complaint is substantiated, it may issue a cease and desist order. An order of the tribunal can be entered as an order of the Federal Court.

It will be noted that this scheme, unlike the *Criminal Code* provisions in question in *R. v. Andrews*, [1990] 3 S.C.R. 870, and in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697 (delivered concurrently), does not without prior warning attach a penalty to expression. It is only after the Tribunal has declared that past conduct has violated s. 13, and after the order has been entered, that an individual faces a penalty for violating the section should he or she continue the impugned conduct.

The validity of the schemes established by the *Canadian Human Rights Act* must be determined in light of the following sections of the *Charter*:

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

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

phone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite.

L'article 13 fait partie d'un régime législatif global qui vise à prévenir les communications téléphoniques discriminatoires répétées. Toute personne ou tout groupe qui croit qu'une personne commet des actes discriminatoires interdits par le par. 13(1) peut porter plainte en vertu de l'art. 32. Par ailleurs, la Commission elle-même peut prendre l'initiative d'une plainte. Une fois la plainte déposée, la Commission peut nommer un enquêteur pour faire enquête sur la plainte. À n'importe quel stade après le dépôt d'une plainte, la Commission peut constituer un tribunal des droits de la personne chargé de faire un examen plus poussé de la plainte. Si le tribunal juge la plainte fondée, il peut rendre une ordonnance d'interdit. Une ordonnance du tribunal peut être inscrite comme ordonnance de la Cour fédérale.

Il faut noter que ce régime, à la différence des dispositions du *Code criminel* en cause dans les affaires *R. c. Andrews*, [1990] 3 R.C.S. 870, et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697 (arrêts rendus simultanément), n'inflige pas de peine, pour l'expression sans mise en garde préalable. Une personne devient passible d'une peine pour avoir enfreint cet article si elle persiste dans la conduite qu'on lui reproche après que le tribunal a déclaré qu'une conduite antérieure constituait une violation de l'art. 13 et après l'enregistrement de l'ordonnance.

La validité des régimes établis par la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est à déterminer à la lumière des dispositions suivantes de la *Charte*:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

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

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

Judgments Below

Federal Court, Trial Division

Jerome A.C.J. found that the appellants had disobeyed the Federal Court Order filed pursuant to the *Canadian Human Rights Act*: (1984), 6 C.H.R.R. D/2595. He expressed the view that ss. 13(1), 32, 35(1) and (2), 39(1), 40(1), 41(1) and (2), and s. 43(1) and (2) of the Act constituted a reasonable restriction upon the appellants' right of freedom of speech guaranteed in the *Charter*. In so concluding, he applied the test of "whether the sacrifice of the right is in proportion to the objective of achieving the elimination of the evil under attack from the Canadian way of life" (p. D/2597). He then stated (at p. D/2598):

It is appropriate that Parliament express the principle that communications which have as their purpose incitement of racial hatred are unacceptable in Canadian society. That is the evil which the relevant sections of the *Canadian Human Rights Act* endeavour to combat and for the reasons given, I am not persuaded that the resulting restriction upon freedom of speech is out of proportion to that objective. There is therefore no basis for finding that these legislative provisions exceed 'reasonable limits . . . demonstrably justified in a free and democratic society'.

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

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

27. Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Les jugements des juridictions inférieures

Cour fédérale, Division de première instance

Le juge en chef adjoint Jerome a décidé que les appelants avaient désobéi à l'ordonnance de la Cour fédérale déposée en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*: C.F. 1^{re} inst., T-4022-79, le 20 décembre 1984*. Il a exprimé l'avis que le par. 13(1), l'art. 32 et les par. 35(1) et (2), 39(1), 40(1), 41(1) et (2) et 43(1) et (2) de la Loi constituaient une restriction raisonnable du droit à la liberté d'expression garantie aux appelants par la *Charte*. Pour arriver à cette conclusion, il a appliqué le critère qui consiste à déterminer «si le droit sacrifié est proportionnel au mal auquel on veut remédier et qu'on veut éliminer du mode de vie canadien» (p. 5). Il ajoute (à la p. 9):

Il convient que le législateur établisse comme principe que les communications qui ont pour but l'incitation à la haine raciale sont inacceptables dans la société canadienne. C'est là le mal que les articles en cause de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* cherchent à combattre et, pour les motifs que j'ai exposés, je ne suis nullement convaincu que la restriction apportée à la liberté de parole qui en résulte est hors de proportion avec cet objet. Il n'y a donc aucun fondement qui autorise à constater que ces dispositions législatives excèdent «des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

* Version anglaise du jugement publiée à (1984), 6 C.H.R.R. D/2595.

Federal Court of Appeal, [1987] 3 F.C. 593

The Federal Court of Appeal found that the trial judge was justified in concluding that the appellants' disobedience of the subsisting order of the Tribunal constituted contempt of court. In its view, regardless of how flawed the order might be, the appellants were bound to obey it so long as it remained in force. As Mahoney J. put it, "Public order demands that [the order] be negated by due process of the law, not by disobedience" (p. 601). Even if the order were invalid, that would offer no excuse for refusal to obey it.

Mahoney J. rejected the appellants' argument that the order of the Tribunal was too vague and obscure for them to be found in contempt of it, noting that the test of vagueness is "whether the intention is ascertainable or understandable to a person of average intelligence reading it in good faith" (p. 601). In his opinion, the appellants could have no *bona fide* doubt "that the subject matter enjoined was subject matter likely to expose Jews to hatred or contempt" (p. 601).

Nor was the Federal Court of Appeal persuaded that the appellants could not be held to have disobeyed the order for the reason that the messages in question told the truth. In this respect, Mahoney J. stated (at p. 604):

No reasonable person, considering the messages as a whole, could conclude that their only purpose was to communicate truth; their purpose was plainly to communicate that which had been enjoined by the cease and desist order: a message likely to expose Jews to hatred or contempt.

On the constitutional question, the Court of Appeal was of the opinion that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* violates the guarantee of freedom of speech and must, if it is to survive, be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on the appellants' freedom of expression. After considering the criteria established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, for determining whether such a limit is reasonable, Mahoney J.

Cour d'appel fédérale, [1987] 3 C.F. 593

La Cour d'appel fédérale a jugé que c'était avec justification que le juge de première instance avait conclu que les appelants avaient commis un outrage au tribunal en désobéissant à une ordonnance du Tribunal encore en vigueur. De l'avis de la cour, peu importe les vices dont l'ordonnance a pu être entachée, les appelants étaient tenus d'y obéir tant qu'elle avait force exécutoire. Comme le dit le juge Mahoney: «L'ordre public exige que ce soit l'application régulière de la loi qui fasse échec à une ordonnance, et non pas son inobservation» (p. 601). Même si l'ordonnance était invalide, cela ne justifierait pas le refus d'y obtempérer.

Le juge Mahoney a rejeté l'argument des appelants selon lequel l'ordonnance du Tribunal était trop vague et obscure pour qu'ils puissent être reconnus coupables d'y avoir désobéi, soulignant à ce propos que le critère de l'imprécision consiste à se demander «si l'intention recherchée est vérifiable ou compréhensible pour une personne d'une intelligence moyenne qui lit le texte de bonne foi» (p. 601). À son avis, les appelants n'ont pas pu douter de bonne foi «que ce qui leur était interdit était les messages de nature à exposer les Juifs à la haine et au mépris» (p. 601).

La Cour d'appel fédérale n'était pas convaincue non plus qu'il était impossible de conclure que les appelants avaient désobéi à l'ordonnance parce que les messages en cause étaient véridiques. Sur ce point, le juge Mahoney dit (à la p. 604):

Aucune personne raisonnable, qui considérerait les messages dans leur ensemble, ne pourrait conclure qu'ils visaient seulement à faire connaître la vérité; il visaient manifestement à divulguer ce que l'ordonnance prohibait: un message susceptible d'exposer les Juifs à la haine ou au mépris.

Quant à la question constitutionnelle, la Cour d'appel a été d'avis que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole la garantie de liberté d'expression et doit, pour ne pas être frappé d'invalidité, être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte* comme limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des appelants. Ayant examiné les critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, pour déterminer le caractère

observed that the determination must be made in the context of the freedom of expression of persons in Canada generally, rather than with reference to circumstances peculiar to the appellants. He went on to state that in making this determination, the court need not have evidence but may be taken to have a general knowledge of the history and values of Canadian society. In the result, he found that the impugned limitation is “tailored precisely to the specific practices of those who abuse their freedom by repeatedly communicating hate messages by telephone” (p. 611). He concluded that the legislation was saved by s. 1, given that “the interest of a free and democratic society to avoid the repeated telephonic communication of messages of hate based on race or religion clearly outweighs its interest to tolerate the exercise in that fashion of their freedom of expression by persons so inclined” (p. 612).

Issues

This case puts in issue the constitutionality of s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* and the order of the Federal Court under the *Charter*. Additional questions are raised as to whether the Order of the Human Rights Tribunal is invalid because of bias, and whether if a court order is based on an invalid statutory provision it may still be the basis for contempt proceedings.

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J.:

1. Is s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, is inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of*

raisonnable d'une telle limite, le juge Mahoney souligne que cette détermination doit se faire dans le contexte de la liberté d'expression de l'ensemble des personnes se trouvant au Canada plutôt que par référence aux circonstances particulières des appelants. Il ajoute qu'il n'est pas nécessaire que la cour, aux fins de cette détermination, dispose d'éléments de preuve, car on peut lui supposer une connaissance générale de l'histoire et des valeurs de la société canadienne. En dernière analyse, il a décidé que la restriction attaquée « vise précisément les pratiques particulières de ceux qui abusent de leur liberté en utilisant le téléphone pour transmettre de façon répétée des messages haineux » (p. 611). L'article premier, conclut-il, vient sauvegarder la disposition législative en cause étant donné que « l'intérêt d'une société libre et démocratique d'éviter la transmission répétée par téléphone de messages haineux fondés sur la race ou la religion l'emporte manifestement sur l'intérêt qu'elle a de tolérer l'exercice, par ce moyen, de la liberté d'expression des personnes ayant des dispositions de ce genre » (p. 612).

Les questions en litige

La présente espèce met en cause la constitutionnalité, au regard de la *Charte*, du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* et de l'ordonnance de la Cour fédérale. Se posent en outre les questions de savoir si l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne est invalide pour cause de partialité et si, dans un cas où un tribunal rend une ordonnance fondée sur une disposition législative invalide, cette ordonnance peut tout de même donner lieu à des procédures pour outrage au tribunal.

Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le juge en chef Dickson:

1. Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est-il compatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est incompatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par

Rights and Freedoms, is it a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

3. Are the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, are they consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b)?
4. If the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, are subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b), do they constitute a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

The appellants raise the following additional issue:

5. Was the Human Rights Tribunal, appointed by the Canadian Human Rights Commission, hearing a complaint from the same commission, subject to a reasonable apprehension of bias, and was that objection waived by an unrepresented accused prior to the *MacBain* case?

Analysis

I. *Background*

In my reasons in *Keegstra*, *supra*, I explored the historical and philosophical underpinnings of freedom of expression in Canada, as well as the approach to hate propaganda taken in this and other jurisdictions.

From an historical perspective, it is apparent that freedom of speech, at least in the political context, was recognized as a fundamental right possessing quasi-constitutional status even prior to the adoption of the *Charter*. The *Charter* affirmed and expanded the right of free expression, increasing its scope by extending the guarantee to a wide range of expression, and confirming its fundamental nature by entrenching it as a broad-ranging constitutional right.

l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?

3. L'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent-elles être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-elles compatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b)?
4. Si l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont incompatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b), constituent-elles une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?

Les appelants soulèvent en outre la question suivante:

[TRADUCTION]

5. Pouvait-il y avoir une crainte raisonnable de partialité à l'égard du Tribunal des droits de la personne, constitué par la Commission canadienne des droits de la personne, du fait qu'il a entendu une plainte portée par cette même Commission, et un accusé non représenté par un avocat renonçait-il à invoquer ce moyen antérieurement à l'arrêt *MacBain*?

Analyse

I. *Contexte*

Dans mes motifs de l'arrêt *Keegstra*, précité, j'examine la base historique et philosophique de la liberté d'expression au Canada, ainsi que la façon dont la propagande haineuse est traitée ici et dans d'autres ressorts.

Du point de vue historique, il est évident que la liberté d'expression, du moins dans le contexte politique, a été reconnue comme un droit fondamental ayant un statut quasi constitutionnel même avant l'adoption de la *Charte*. La *Charte* a confirmé le droit à la liberté d'expression et lui a donné de l'expansion, car elle a élargi sa portée en faisant bénéficier de la garantie une large gamme d'expression, et elle a consacré son caractère fondamental en l'enchâssant dans la Constitution à titre de droit constitutionnel de vaste portée.

From a philosophic perspective, freedom of expression may be justified on three broad rationales. The first two are "instrumental" in nature, viewing freedom of expression firstly as the means of promoting the "marketplace of ideas" essential to a vibrant society, and secondly as being indispensable to the proper functioning of democratic government. The third justification is that of self-actualization or self-fulfilment. Freedom of expression is viewed as an end in itself, a valuable measure of freedom to which each person is entitled in our society. This Court has affirmed all three rationales as supporting the guarantee of free expression embodied in s. 2(b) of the *Charter*.

The treatment of hate propaganda in other jurisdictions varies. In the United States, where freedom of expression is viewed as perhaps the most fundamental liberty, the validity of legislation restricting the promotion of hate and discrimination is seen as conflicting with free expression and to survive must meet onerous tests, such as a connection between the legislation and a clear and present danger to society. In international human rights law, the right of free expression is limited from the outset by the qualification that it must yield to reasonable measures prohibiting the promotion of hatred and discrimination against groups. On this approach, no conflict between freedom of expression and the limiting legislation arises; freedom of expression is readily cut back to accommodate laws against the promotion of hatred and discrimination. The Canadian *Charter* suggests an analysis closer to the American model than the international, in so far as it confers a broad and virtually unlimited right, which, in cases of conflict, must be weighed against countervailing values under s. 1 to determine if the state has established that the limitation of the right imposed by the anti-hate law is reasonable and justifiable in a free and democratic society.

Du point de vue philosophique, il existe trois justifications générales possibles de la liberté d'expression. Les deux premières revêtent un caractère «instrumental» en ce qu'elles conçoivent la liberté d'expression d'abord comme une façon de favoriser le «marché des idées» qui est essentiel à une société dynamique et, ensuite, comme indispensable au bon fonctionnement du gouvernement démocratique. La troisième justification est celle de l'épanouissement personnel. La liberté d'expression est perçue comme une fin en soi, une part utile de la liberté à laquelle chaque membre de notre société a droit. Notre Cour a confirmé chacune de ces trois justifications comme soutenant la garantie de liberté d'expression à l'al. 2b) de la *Charte*.

La position adoptée dans d'autres ressorts à l'égard de la propagande haineuse varie. Aux États-Unis, où la liberté d'expression est considérée comme étant peut-être la plus fondamentale des libertés, les textes législatifs imposant des restrictions à la fomentation de la haine et la discrimination sont tenus pour incompatibles avec la liberté d'expression et, pour être valides, doivent satisfaire à des critères sévères, tels que l'existence d'un lien entre la loi en question et un danger clair et présent pour la société. Dans le droit international des droits de la personne, la liberté d'expression est limitée au départ du fait qu'elle doit céder le pas à des mesures raisonnables interdisant la fomentation de la haine et la discrimination à l'endroit de groupes. Cette position ne fait naître aucun conflit entre la liberté d'expression et la loi restrictive; la liberté d'expression peut être facilement limitée de manière à admettre des lois visant à prévenir la fomentation de la haine et de la discrimination. La *Charte* canadienne semble commander une analyse qui se rapproche davantage du modèle américain que du modèle international en ce qu'elle confère un droit large et presque illimité qui, en cas de conflit, doit en vertu de l'article premier être opposé à des valeurs qui lui font contrepoids afin de déterminer si l'État a établi que la restriction imposée au droit par la loi interdisant la fomentation de la haine est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

II. *The Scope of Section 2(b) of the Charter*

The question posed is whether s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* introduces a limit on freedom of expression as defined by s. 2(b) of the *Charter*.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, the majority of this Court adopted a two-step analysis. Initially, it is necessary to determine whether or not the activity falls within the sphere of conduct protected by the guarantee. If the activity falls within the protected sphere of expressive conduct, then it is necessary to determine whether the purpose or effect of the government action was to restrict freedom of expression.

The majority in *Irwin Toy* distinguished between the content and form of expressive conduct alleged to fall within the ambit of s. 2(b). The guarantee of free expression protects all content of expression but may not protect some forms of expression, for example, violence and threats of violence.

Section 13(1) must be viewed as directed at limiting the content of expression. While the form of expression is specific (i.e., it only applies to the telephone), the Act is not prohibiting communication by telephone. Rather, it is only regulating the content of such communications. Therefore, the first step in *Irwin Toy* is clearly met.

The second question is whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. If the purpose is to restrict attempts to convey a meaning, a limitation by law of s. 2(b) is established and a s. 1 analysis is required to determine whether the law is inconsistent with the provisions of the Constitution. Generally speaking, "if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee": *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976. If this was not the government's purpose, the Court must move on to an analysis of the effects of the government action.

II. *La portée de l'al. 2b) de la Charte*

La question posée est de savoir si le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* vient limiter la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour à la majorité a adopté une analyse en deux étapes. On doit commencer par déterminer si l'activité en question relève ou non de la sphère d'activité protégée par la garantie. Si l'activité est comprise dans la sphère protégée de la conduite expressive, il faut alors décider si l'action du gouvernement a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression.

La majorité dans l'affaire *Irwin Toy* a fait une distinction entre le contenu et la forme de la conduite expressive qu'on prétend visée par l'al. 2b). La garantie de liberté d'expression protège la totalité du contenu de l'expression, mais peut ne pas protéger certaines formes d'expression, par exemple la violence et les menaces de violence.

Le paragraphe 13(1) doit être considéré comme limitant le contenu de l'expression. Bien que la forme d'expression soit précisée (c.-à-d. que seules sont visées les communications téléphoniques), la Loi n'interdit pas les communications téléphoniques. Elle ne fait en réalité que réglementer leur contenu. Il est donc évident que la première étape prévue dans l'arrêt *Irwin Toy* est franchie.

La seconde question est de savoir si l'action du gouvernement a pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression. Si le but est de limiter les tentatives de transmettre un message, une restriction imposée à l'al. 2b) par une règle de droit est établie et il faut procéder à une analyse en vertu de l'article premier afin de déterminer si cette règle de droit est incompatible avec la Constitution. D'une manière générale, «si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie»: *Irwin Toy*, précité, à la p. 976. Si ce n'était pas là le but du gouvernement, la Cour doit passer à l'analyse des effets de l'action du gouvernement.

It is apparent that Parliament, in enacting s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, intended to control attempts to convey a meaning by restricting the content of expression. I conclude that the second step in the *Irwin Toy* test is met, and that s. 13(1) violates s. 2(b). This leaves the question of whether or not s. 13(1) is demonstrably justifiable under s. 1 of the *Charter*.

III. Section 1 of the Charter

Section 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. The next question is whether the state has demonstrated that notwithstanding this violation, the law is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. The fundamental issues at stake in answering this question are the same as in *Keegstra* and *Andrews*. The contest is between freedom of expression on the one hand, and the prevention of hate propagation and discrimination against particular groups in society on the other. However, there are important differences between the cases. The most significant is the means by which the promotion of hatred is to be curbed. In *Keegstra* and *Andrews*, the method at issue was the criminalization of wilful attempts to promote hatred against groups. In this case, the method is a prohibition in a human rights statute, coupled with the enforcement procedures set out in the statute.

Before examining the justifiability of the limitation on free expression effected by s. 13(1) of the Act, it is necessary to dispose of a preliminary argument which was raised in this case alone—the argument that s. 13(1) is so broad and vague that it does not constitute a “limit prescribed by law” and hence cannot be saved under s. 1 of the *Charter*.

Il est évident que le Parlement a adopté le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* avec l'intention de contrôler la tentative de transmettre un message en restreignant le contenu de l'expression. Je conclus donc que la seconde exigence du critère de l'arrêt *Irwin Toy* est remplie et que le par. 13(1) viole l'al. 2b). Il reste à décider si le par. 13(1) est une disposition dont la justification peut se démontrer au sens de l'article premier de la *Charte*.

III. L'article premier de la Charte

Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* porte atteinte à la garantie de liberté d'expression énoncée à l'al. 2b) de la *Charte*. La question qui se pose ensuite est donc de savoir si l'État a démontré que, en dépit de cette violation, la disposition en cause est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les points fondamentaux soulevés par cette question sont identiques à ceux abordés dans les affaires *Keegstra* et *Andrews*. Il s'agit d'un conflit entre la liberté d'expression, d'une part, et la prévention de la discrimination et de la propagation de la haine à l'égard de groupes particuliers, d'autre part. Il y a toutefois des différences importantes entre ces causes. La différence principale est le moyen par lequel la fomentation de la haine doit être freinée. Dans les affaires *Keegstra* et *Andrews*, la méthode en cause était la criminalisation des tentatives volontaires de fomenter la haine contre des groupes. En l'espèce, la méthode est une interdiction édictée dans une loi relative aux droits de la personne assortie des modalités d'application prévues dans la loi.

Avant d'examiner le caractère justifiable de la limitation imposée à la liberté d'expression par le par. 13(1) de la Loi, il faut d'abord se prononcer sur un argument préliminaire, invoqué en l'espèce seulement, selon lequel le par. 13(1) est tellement large et imprécis qu'il ne constitue pas une restriction prescrite «par une règle de droit» et ne peut en conséquence être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

1. Limit Prescribed by Law

Before s. 1 can apply, the statute or section in question must be found to constitute a limit “prescribed by law”.

The appellants submit that s. 13(1) is vitiated by vagueness which prevents the prospective law-abiding citizen from ascertaining the point at which his opinions may begin to expose a person or group to hatred in a prohibited manner. The meaning of the terms “hatred” and “contempt” is vague and uncertain, it is submitted. Moreover, the phrase “likely to expose” requires neither real nor actual effect and is incapable of precise delineation. This is countered by the submission that s. 13(1) is no more vague than many laws and in any event, is sufficiently precise to constitute a limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*.

In *Irwin Toy*, this Court considered the issue of whether or not regulations governing commercial advertising directed at children were sufficiently precise to constitute legal prescriptions. The respondent argued that the test in the statute in question in *Irwin Toy* was vague because it left an inordinately wide discretion in the judge to determine whether a commercial advertisement was aimed at children. The majority, Dickson C.J. with Lamer and Wilson JJ., rejected this submission, at p. 983:

Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no “limit prescribed by law”.

In my view, s. 13(1) satisfies the test enunciated in *Irwin Toy*. By using the same wording as is found in the common law in defamation cases,

1. Restriction prescrite par une règle de droit

Pour que l'article premier puisse s'appliquer, il faut au préalable que la loi ou l'article en question soit jugé constituer une limite prescrite «par une règle de droit».

Les appelants font valoir que le par. 13(1) est vicié par une imprécision qui met le citoyen respectueux des lois dans l'impossibilité de déterminer quand au juste ses opinions peuvent commencer à exposer une personne ou un groupe à la haine, d'une manière interdite. Le sens des termes «haine» et «mépris» est vague et incertain, soutient-on. De plus, l'expression «susceptible d'exposer» n'exige pas qu'il y ait un effet réel ou actuel et ne peut être définie avec exactitude. On répond à cela que le par. 13(1) n'est pas plus imprécis que bien d'autres dispositions et que, de toute façon, il est assez précis pour constituer une limite prescrite par une règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a traité de la question de savoir si des règlements régissant la publicité commerciale destinée aux enfants étaient assez précis pour constituer des prescriptions légales. L'intimée soutenait que le critère énoncé dans la loi en cause dans l'affaire *Irwin Toy* était imprécis en ce qu'il investissait le juge d'un pouvoir discrétionnaire démesurément large pour déterminer si une publicité commerciale s'adressait aux enfants. La majorité, le juge en chef Dickson, avec l'appui des juges Lamer et Wilson, a rejeté cet argument, à la p. 983:

En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit».

À mon avis, le par. 13(1) satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Irwin Toy*. En reprenant le langage de la common law en matière de diffama-

Parliament has provided an intelligible standard for the Tribunal to apply. I conclude that the limits on speech set out in s. 13(1) are sufficiently precise to constitute a limit “prescribed by law”.

That is not to say that the alleged vagueness of the standard set by the provision is irrelevant to the s. 1 analysis. For reasons discussed below, I am of the opinion that the difficulty in ascribing a constant and universal meaning to the terms used is a factor to be taken into account in assessing whether the law is “demonstrably justified in a free and democratic society”. But I would be reluctant to circumvent the entire balancing analysis of the s. 1 test by finding that the words used were so vague as not to constitute a “limit prescribed by law”, unless the provision could truly be described as failing to offer an intelligible standard. That is not the case here.

It thus becomes necessary to determine if the limits imposed by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* are “reasonable” limits in a “free and democratic society”.

2. “Reasonable Limit” in a “Free and Democratic Society”

The tests for determining whether an infringement on a constitutionally guaranteed right or freedom is reasonable and justified in a free and democratic society were established in *R. v. Oakes*, *supra*, and have been adhered to ever since. Two requirements must be satisfied. First, the objective which the limit is designed to serve must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. To conclude that the means chosen are reasonable and

tion, le Parlement a établi une norme intelligible pouvant être appliquée par le Tribunal. Je conclus que les limites imposées à l’expression par le par. 13(1) sont d’une précision suffisante pour constituer une restriction prescrite «par une règle de droit».

Cela ne veut pas dire que la prétendue imprécision de la norme fixée par cette disposition n’a aucune pertinence relativement à l’analyse requise par l’article premier. Pour les raisons exposées plus loin, je suis d’avis que la difficulté qu’il y a à prêter un sens invariable et universel aux termes employés est un facteur à prendre en considération pour déterminer s’il s’agit d’une règle de droit «dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique». J’hésiterais toutefois à contourner complètement l’analyse en vertu de l’article premier en concluant que les mots employés sont à ce point vagues qu’ils ne constituent pas une restriction prescrite «par une règle de droit», à moins de pouvoir vraiment dire de la disposition qu’elle n’énonce pas de norme intelligible. Tel n’est pas le cas en l’espèce.

D’où la nécessité de déterminer si les restrictions qu’impose le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* représentent des limites qui sont «raisonnables» dans une «société libre et démocratique».

2. Limites «raisonnables» dans une «société libre et démocratique»

Les critères servant à déterminer si une atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution est raisonnable et justifiée dans le cadre d’une société libre et démocratique ont été établis dans l’arrêt *R. c. Oakes*, précité, et, depuis lors, ce sont ces critères qu’on applique. Deux exigences doivent être remplies. En premier lieu, l’objectif que la restriction vise à atteindre doit présenter une importance suffisante pour justifier la dérogation à un droit protégé par la Constitution. En deuxième lieu, si l’existence d’un tel objectif est établi, la partie qui invoque l’article premier doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre l’objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique. Pour pouvoir conclure que les

demonstrably justified, the Court must be satisfied of three things:

1. The measures designed to meet the legislative objective (in this case s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*) must be rationally connected to the objective;
2. The means used should impair as little as possible the right or freedom in question; and
3. There must be proportionality between the effect of the measures which limit the *Charter* right or freedom and the legislative objective of the limit on those rights. This involves balancing the invasion of rights guaranteed by the *Charter* against the objective to which the limitation of those rights is directed.

(a) *The Objective Section 13(1) of the Act*

In *Oakes*, Dickson C.J. stated that the first consideration in an analysis under s. 1 of the *Charter* is whether the objective of the infringing measure is of sufficient importance to warrant overriding a fundamental constitutional guarantee. The standard must be high to ensure that trivial objects do not win s. 1 protection—indeed, the object which the impugned law is designed to effect must be of a pressing and substantial nature.

The legislative objective of the *Canadian Human Rights Act* is set out within s. 2 of the Act. Its purpose is:

... to give effect ... to the principle that every individual should have an equal opportunity with other individuals to make for himself or herself the life that he or she is able and wishes to have, consistent with his or her duties and obligations as a member of society, without being hindered in or prevented from doing so by discriminatory practices based on race, national or ethnic origin, colour, religion, age, sex, marital status, family status, disability or conviction for an offence for which a pardon has been granted.

Section 13(1) is specifically directed at telephonic communications which may encourage other discriminatory practices proscribed by the

moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer, la Cour doit être convaincue de trois choses:

1. Les mesures conçues pour réaliser l'objectif législatif (en l'occurrence le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*) doivent avoir un lien rationnel avec cet objectif;
2. Les moyens employés doivent porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question;
3. Il doit y avoir proportionnalité entre l'effet des mesures qui limitent le droit ou la liberté garantis par la *Charte* et l'objectif législatif visé par la limitation de ces droits. Cela implique qu'on soupèse l'atteinte portée à des droits garantis par la *Charte* et l'objectif de la limitation de ces droits.

a) *L'objet du par. 13(1) de la Loi*

Dans l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson dit que la première question à se poser dans une analyse en vertu de l'article premier de la *Charte* est de savoir si l'objet visé par la mesure constituant une violation revêt une importance suffisante pour justifier qu'il l'emporte sur une garantie constitutionnelle fondamentale. La norme doit être élevée afin de s'assurer que des objets peu importants ne bénéficient pas de la protection de l'article premier—de fait, l'objet que la loi attaquée vise à atteindre doit présenter un caractère urgent et réel.

L'objectif législatif de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, qui est énoncé à son art. 2, est de donner effet au principe suivant:

... tous ont droit, dans la mesure compatible avec leurs devoirs et obligations au sein de la société, à l'égalité des chances d'épanouissement, indépendamment des considérations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, l'âge, le sexe, l'état matrimonial, la situation de famille, l'état de personne graciée ou la déficience.

Le paragraphe 13(1) vise particulièrement les communications téléphoniques susceptibles d'encourager d'autres actes discriminatoires pros crits

Act. As the respondent Canadian Human Rights Commission submits, s. 13(1) also has a special objective—that of preventing the use of a federally regulated medium for the promotion of hatred or contempt against groups protected by the Act. The broad objective of s. 13(1) may be summarized thus: its purpose is to discourage discrimination against groups traditionally discriminated against—discrimination calculated to result in loss of opportunity, loss of respect, and in extreme cases, violence against persons who are members of those groups. More positively, s. 13(1) may be viewed as aimed at enhancing and protecting group cultural identity and hence furthering the multicultural heritage in Canada to which the *Charter* gives express recognition. It may also be viewed as making a statement about the kind of society we wish to live in. Section 13(1) seeks to achieve these broad purposes in the context of federally regulated telephone services. Viewed globally, the purposes of s. 13(1) may be summed up in the phrase I used in *Keegstra*—to promote social harmony and individual dignity.

For the reasons I set out in *Keegstra*, I am satisfied that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* addresses matters of pressing and substantial concern. Its objectives are of sufficient importance that provided the means of achieving them are proportionate, they may be capable of overriding the right to freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. The real issue to be determined is whether or not s. 13(1) can meet the proportionality test.

(b) *Proportionality*

(i) General Considerations

As in *Keegstra* and *Andrews*, the real issue in this case is whether the means chosen to pursue the end of curbing discrimination are reasonable and proportionate to the limitation on freedom of expression. At this stage of the analysis the con-

par la Loi. Comme le fait valoir la Commission canadienne des droits de la personne, intimée, le par. 13(1) a en outre un objet spécial, celui d'empêcher qu'un moyen de communication soumis à une réglementation fédérale ne soit utilisé pour la fomentation de la haine ou du mépris à l'endroit de groupes protégés par la Loi. L'objet large du par. 13(1) peut être ainsi résumé: décourager la discrimination envers des groupes qui ont traditionnellement fait l'objet de discrimination lorsque cette discrimination est destinée à provoquer la perte de l'égalité des chances, la perte de respect et, dans des cas extrêmes, la violence contre des personnes membres de ces groupes. D'un point de vue plus positif, le par. 13(1) peut être considéré comme visant à valoriser et à protéger l'identité culturelle des groupes et, par le fait même, à favoriser le maintien du patrimoine multiculturel du Canada qui est expressément reconnu par la *Charte*. Il peut être vu également comme une déclaration quant au genre de société dans lequel nous voulons vivre. Le paragraphe 13(1) cherche à atteindre ces objets larges dans le contexte de services téléphoniques réglementés par le fédéral. Pris globalement, les objets du par. 13(1) peuvent se résumer par la formule que j'emploie dans l'affaire *Keegstra*: la promotion de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle.

Pour les raisons que j'expose dans l'affaire *Keegstra*, je suis convaincue que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* traite de questions urgentes et réelles. Ses objectifs revêtent une importance suffisante pour que, à condition que les moyens employés pour les atteindre soient proportionnels, ils puissent prévaloir sur le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2b) de la *Charte*. La véritable question à trancher est de savoir si le par. 13(1) satisfait au critère de proportionnalité.

b) *La proportionnalité*

(i) Généralités

Comme dans les affaires *Keegstra* et *Andrews*, la véritable question en litige en l'espèce est de savoir si les moyens choisis pour réaliser l'objet de mettre un frein à la discrimination sont raisonnables et proportionnés à la restriction de la liberté

flict between the freedom infringed—freedom of expression—and the countervailing values represented by the law—s. 13(1) of the Act—must be placed in the factual context of the case. The question is not whether the cause of curbing group discrimination is capable of outweighing freedom of speech; that question has been answered in considering the seriousness of the objective of the law. The question is rather whether the particular infringement effected by s. 13(1) of the Act can be justified by the actual benefit which the legislation is calculated to bestow.

I have concluded that s. 13(1) of the Act cannot be upheld by reference to s. 1, as it cannot survive the proportionality inquiry. While the suppression of hate messages is an important and desirable objective, in my view s. 13(1) does not achieve that objective in a manner consistent with the proportionality test in *Oakes*. The broad and vague ambit of s. 13(1), unconditioned by any limitations of significance, has as its effect the unnecessary prohibition of a great deal of defensible speech and belies any suggestion of a serious effort to accommodate the important right of freedom of expression. Notwithstanding the sensitive and appropriate enforcement procedure established by the Act, the dimension of the overbreadth of the legislation is such that the tests established by this Court for the application of s. 1 cannot be met.

The general considerations adverted to in my reasons in *Keegstra* are equally relevant in this case. It is important to keep in mind that what is at issue is not Mr. Taylor's conduct, but the validity of s. 13(1) of the Act which may have ramifications going far beyond those raised by the facts of this particular case. It is also important to bear in mind the peculiar status of freedom of expression in maintaining our democratic system of government and all other rights and freedoms. Regard must also be had to the chilling factor likely to accompany restrictions on expression; often the effect of such restrictions extends far beyond those forms of expression targeted or chal-

d'expression. À ce stade de l'analyse, le conflit entre la liberté à laquelle il est porté atteinte—la liberté d'expression—et les valeurs opposées représentées par le texte législatif—le par. 13(1) de la Loi—doit être placé dans le contexte factuel du litige. La question n'est pas de savoir si l'objectif de prévenir la discrimination dirigée contre des groupes est susceptible de l'emporter sur la liberté de parole; cette question a été tranchée dans le cadre de l'examen de l'importance de l'objectif visé par la loi. La question est plutôt de savoir si l'atteinte particulière portée par le par. 13(1) de la Loi peut se justifier par l'avantage réel que cette loi est destinée à conférer.

J'ai conclu que le par. 13(1) de la Loi ne peut être validé en vertu de l'article premier puisqu'il ne satisfait pas au critère de proportionnalité. Pour important et souhaitable que soit l'objectif de la suppression de messages haineux, à mon avis, le par. 13(1) n'atteint pas cet objectif d'une manière qui soit conforme au critère de proportionnalité énoncé dans l'arrêt *Oakes*. La portée large et imprécise du par. 13(1), sans restriction notable, entraîne l'interdiction inutile d'une grande quantité d'expression défendable et démentit ainsi l'idée qu'un effort sérieux a été fait pour assurer la reconnaissance du droit important à la liberté d'expression. Malgré les modalités d'application souples et appropriées prévues par la Loi, la portée de la disposition en cause est à ce point excessive qu'elle ne peut remplir les critères, établis par notre Cour, qui conditionnent l'application de l'article premier.

Les considérations générales évoquées dans mes motifs de l'arrêt *Keegstra* sont tout aussi pertinentes en l'espèce. Il importe de se rappeler que ce qui est en cause n'est pas la conduite de M. Taylor, mais bien la validité du par. 13(1) de la Loi, qui peut avoir des implications dépassant de loin celles des faits de la présente instance. Il importe en outre de ne pas perdre de vue le rôle particulier que joue la liberté d'expression dans le maintien de notre système de gouvernement démocratique et de tous les autres droits et libertés. On doit également prendre en considération l'effet paralysant qu'auront vraisemblablement des restrictions imposées à l'expression. Souvent l'effet de ces res-

lenged by legal process. Finally, in considering the reasonableness of the law, it is important to consider alternative ways of furthering its objective.

Against this background, I turn to the specific factors which must be considered in determining whether the benefit secured by the law outweighs the gravity of the infringement of rights which it effects.

(ii) Rational Connection

The first question is whether s. 13(1) is, in the words of Dickson C.J. in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 20, "carefully designed to achieve the objective of the legislation, with a rational connection to the objective". In answering this question, it is relevant to consider not only the links between the legislation and its objective as Parliament saw them, but whether the practical effects of the legislation may run counter to the stated objective: see *Keegstra*.

Rational connection must be viewed, not only from the perspective of the intention of the legislators, but from the perspective of whether in fact the law is likely to accomplish its objectives. Latitude must be accorded to the legislators, but where it appears that the law is unlikely to achieve the ends or indeed, may have a contrary effect to the objectives by which it is sought to be justified, it cannot be said to be rationally connected to those objectives.

Rational connection may also be absent where the infringement effected by the law goes beyond what can be justified by the objectives of the legislation. Hence the insistence of Dickson C.J. that the law be closely tailored to its objectives. To the extent that the infringement cannot be justified on the ground that it furthers the objective, there is no rational connection between the measure and its object.

Section 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* is said to fail the rational connection test on the ground that it is unlikely to have any effect on

trictions se fait sentir bien au-delà des formes d'expression visées par la loi ou contestées en justice. Finalement, dans l'examen du caractère raisonnable de la loi, il est important de tenir compte d'autres façons d'atteindre son objet.

C'est dans ce contexte que j'aborde les facteurs précis à prendre en considération pour déterminer si l'avantage que procure la loi l'emporte sur la gravité de l'atteinte qu'elle porte à des droits.

(ii) Le lien rationnel

La première question est de savoir si le par. 13(1) est, pour reprendre ce que disait le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 20, «soigneusement conçu[...] pour atteindre l'objectif du texte législatif» et s'il a «un lien rationnel avec l'objectif». Pour répondre à cette question, il est pertinent non seulement d'examiner les liens entre le texte législatif et son objectif tels que les voyait le Parlement, mais aussi de se demander si, dans la pratique, les effets du texte législatif peuvent aller à l'encontre de l'objectif énoncé: voir l'arrêt *Keegstra*.

Le lien rationnel doit être considéré non seulement dans la perspective de l'intention du législateur, mais aussi en fonction de la question de savoir si la loi atteindra vraisemblablement ses objectifs. Le législateur doit avoir une certaine latitude; toutefois, lorsqu'il appert que la loi n'atteindra probablement pas ses objets ou qu'elle pourra même avoir l'effet contraire aux objectifs invoqués pour la justifier, on ne peut lui prêter un lien rationnel avec ces objectifs.

Par ailleurs, le lien rationnel peut être absent lorsque l'atteinte portée par la loi dépasse la mesure de ce qui peut être justifié par ses objectifs. C'est pour cette raison que le juge en chef Dickson a insisté pour que la loi soit adaptée étroitement à ses objectifs. Dans la mesure où l'atteinte ne peut se justifier par le fait qu'elle permet d'atteindre l'objectif, il n'existe pas de lien rationnel entre la mesure et son objet.

On dit que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne satisfait pas au critère du lien rationnel en ce qu'il n'aura proba-

curbing discrimination and indeed may have a contrary effect. Thus, the Canadian Civil Liberties Association argues that the section has no demonstrable effect on curbing discrimination and indeed may have the opposite effect by dignifying the ideas hatemongers put forward.

The case that s. 13(1), far from achieving its objectives, may have a contrary effect, is far less strong than in *Keegstra* and *Andrews*. The use of the human rights procedures for enforcement and the absence of the defence of truth may considerably lessen the danger of a counter-productive effect. And in so far as racial hatred and discrimination may be stirred up by telephone messages, the law may have a salutary effect, although the extent of this effect is made doubtful by the fact that only those who want to receive the messages will receive them.

It is the second basis upon which it is contended that s. 13(1) fails the rational connection test—namely that it is not closely tailored to its objectives and hence infringes freedom of speech in unjustified and essentially irrational ways—which creates the greatest concern in this case.

As in *Keegstra*, a strong case can be made that s. 13 catches much expression which presents little threat of fostering hatred of groups or discrimination, yet may fall within the traditional justifications for protecting speech. Indeed, the language of s. 13(1) is considerably broader than that used in s. 319(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. "Hatred", which appears in both provisions, covers a range of emotion ranging from active dislike to enmity and ill-will: *Shorter Oxford English Dictionary* (3rd ed. 1987). "Contempt", signifying lack of respect, is even broader. Moreover, both terms are vague and subjective, capable of extension should the interpreter be so inclined. Where does dislike leave off and hatred or contempt begin? The use of these words in s. 13(1) opens the door to investigations and inquiries for matters which have more to do with dislike than

blement pas pour effet de freiner la discrimination et qu'il risque même d'avoir l'effet contraire. L'Association canadienne des libertés civiles soutient en effet qu'il ne peut être démontré que ce paragraphe met un frein à la discrimination, et qu'en réalité il peut produire l'effet contraire en valorisant les idées avancées par des fomentateurs de haine.

L'argument selon lequel le par. 13(1), loin d'atteindre ses objectifs, peut avoir l'effet contraire, est nettement moins fort en l'espèce que dans les affaires *Keegstra* et *Andrews*. Le recours aux procédures prévues en matière de droits de la personne pour assurer l'application du paragraphe ainsi que l'absence d'une défense de véracité peuvent réduire considérablement le danger d'un effet contraire à celui souhaité. De plus, dans la mesure où la haine et la discrimination raciales peuvent être provoquées par des messages téléphoniques, la loi peut avoir un effet salutaire, quoique l'ampleur de cet effet soit douteuse étant donné que seuls reçoivent les messages ceux qui le désirent.

C'est le second argument invoqué pour dire que le par. 13(1) ne satisfait pas au critère du lien rationnel, savoir que ce paragraphe n'est pas étroitement adapté à ses objectifs et porte en conséquence atteinte à la liberté d'expression de façons injustifiées et essentiellement irrationnelles, qui soulève les plus fortes préoccupations en l'espèce.

Comme dans l'affaire *Keegstra*, on peut avancer de solides arguments pour soutenir que l'art. 13 s'applique à beaucoup d'expression qui ne risque que dans une faible mesure de favoriser la haine à l'égard de certains groupes ou la discrimination, mais qui peut pourtant relever des justifications traditionnelles de la protection de l'expression. De fait, la portée du par. 13(1) est nettement plus large que celle du par. 319(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Le mot «haine», qui figure dans les deux dispositions, englobe une gamme d'émotions depuis l'antipathie active jusqu'à l'hostilité et l'inimitié: *Shorter Oxford English Dictionary* (3^e éd. 1987). Le mot «mépris», signifiant manque de respect, est encore plus large. De plus, les deux termes sont imprécis et subjectifs, pouvant admettre un élargissement de leur portée si telle est l'inclination de la personne qui

discrimination. The phrase does not assist in sending a clear and precise indication to members of society as to what the limits of impugned speech are. In short, by using such vague, emotive terms without definition, the state necessarily incurs the risk of catching within the ambit of the regulated area expression falling short of hatred.

The breadth of the section is further widened by the absence of any requirement of intent or foreseeability of the actual promotion of hatred or contempt. While this is consistent with the remedial as opposed to punitive focus of human rights legislation, it has the effect of extending the section's application. Any expression "likely to expose" persons to hatred or contempt on a prohibited head of discrimination is caught, regardless of whether the expression was intended or could be foreseen to have this effect. As a result, s. 13(1) may reach speech which is in fact anti-discriminatory. For example, the Canadian Civil Liberties Association says that its practice of posing on the telephone as employers desirous of hiring white-only employees has helped expose widespread discriminatory practices in employment, and is the only practical way of doing so. Such calls might well be caught by s. 13(1). Expression intended to expose discriminatory practices or demonstrate inequities in the system may equally be caught by s. 13(1). This overbreadth might be more excusable if s. 13(1) required proof of actual harm or discrimination. But in the absence of requirements for either intent or foreseeability of producing such an effect or production of the effect itself, the section is capable of catching conduct which clearly goes beyond the scope of its objects.

les interprète. Où finit l'antipathie et où commencent la haine ou le mépris? L'emploi de ces mots au par. 13(1) ouvre la porte à des investigations et à des enquêtes dans des cas qui relèvent davantage de l'antipathie que de la discrimination. Ces termes ne servent pas à indiquer d'une façon claire et précise aux membres de la société où se situent les limites de l'expression proscrite. Bref, en employant sans les définir des termes aussi imprécis et traduisant tant d'émotion, l'État court nécessairement le risque de faire inclure dans le champ de la réglementation l'expression qui n'est pourtant pas haineuse.

L'absence de toute exigence d'une intention de fomenter la haine ou le mépris ou de la prévisibilité de cette conséquence vient élargir davantage la portée de ce paragraphe. Bien que cela concorde avec la destination réparatrice plutôt que répressive de la législation en matière de droits de la personne, il en résulte un élargissement du champ d'application du paragraphe. Il vise en effet toute expression «susceptible d'exposer» des personnes à la haine ou au mépris pour un motif de distinction illicite, qu'on ait voulu ou pu prévoir, ou non, que tel serait l'effet de cette expression. Par conséquent, le par. 13(1) peut s'appliquer en fait à l'expression qui est antidiscriminatoire. Par exemple, l'Association canadienne des libertés civiles dit que sa pratique de se présenter au téléphone comme un employeur désireux d'engager des employés de race blanche exclusivement lui a permis d'exposer au grand jour des actes discriminatoires répandus dans le domaine de l'emploi. Elle affirme en outre que c'est la seule façon pratique de le faire. Or, de tels appels pourraient relever du par. 13(1), comme le pourrait tout aussi bien l'expression destinée à révéler des actes discriminatoires ou à dénoncer des injustices dans le système. Cette portée excessive serait peut-être plus excusable si le par. 13(1) exigeait la preuve qu'il y a eu en fait préjudice ou discrimination. Mais comme il n'exige ni qu'on ait eu l'intention de produire un tel effet, ni la prévisibilité ni la réalisation de cet effet, ce paragraphe peut s'appliquer à une conduite qui dépasse manifestement la portée de ses objets.

The supporters of the legislation respond to the problem of overbreadth by arguing that in practice, the process envisaged by the Act removes the danger that it will be used to catch conduct which is beyond its objectives. They point out that violation of s. 13(1) does not in itself lead to any penalty. It is merely the starting point in a process arguably calculated to segregate justifiable expression from that which is not suitable for transmission by a public utility and which truly promotes detrimental hatred and contempt, and to thereafter effect, hopefully through voluntary means, the cessation of the offending conduct. The first step in this human rights process is the Commission's investigation. The Commission at this stage does not only investigate; it attempts to conciliate. If the alleged offender is prepared to make concessions and amend his or her conduct, this is the end of the matter. On the other hand, if the alleged offender is adamant in resisting the law, a board of inquiry can be established to hold a hearing of the complaint. Given the public nature and the inconvenience of a hearing, many offenders choose to amend their conduct voluntarily. The Commission and the Tribunal function relatively informally and can take into account the circumstances in which the statement is made and rule out messages whose content or purpose is in fact innocent. Even where voluntary compliance cannot be obtained and the messages are felt to be truly detrimental to human rights and values with the consequence that a hearing is held, the Tribunal does not convict, but rather merely makes an order against further repetition of such messages. Only when a person deliberately violates such an order can he or she be convicted of contempt of court and face penal consequences. Even then, a judge may excuse the disobedience for good reason, contempt being to some extent a discretionary matter.

For establishing the necessary balance between promoting harmony and dignity on the one hand, and safeguarding freedom of expression on the

Les défenseurs de la disposition en cause réagissent au problème de la portée excessive en faisant valoir que, dans les faits, le processus envisagé par la Loi élimine le danger que cette disposition soit appliquée de manière à englober une conduite qui dépasse les objets de la disposition. Ils font observer que la violation du par. 13(1) n'entraîne pas elle-même une peine quelconque. Elle n'est que le point de départ d'un processus qu'on peut prétendre destiné à séparer l'expression justifiable de celle qui ne devrait pas être transmise par un service public et qui sert vraiment à fomenteur la haine et le mépris et à mettre un terme, de préférence volontairement, à la conduite illicite. La première étape de ce processus est l'enquête menée par la Commission. À ce stade, la Commission ne fait pas qu'enquêter; elle fait une tentative de conciliation. Si le prétendu contrevenant est prêt à faire des concessions et à changer sa conduite, l'affaire est réglée. Si, par contre, le contrevenant se montre intransigeant dans son inobservation de la loi, un tribunal peut être constitué pour entendre la plainte. Étant donné la nature publique et l'inconvénient d'une audience, nombre de contrevenants choisissent de changer leur conduite volontairement. La Commission et le Tribunal procèdent sans beaucoup de formalités et peuvent tenir compte des circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite pour ainsi exclure les messages dont le contenu ou l'objet est en fait innocent. Même lorsque l'observation volontaire de la loi ne peut être obtenue et que les messages en question sont jugés réellement préjudiciables aux droits de la personne et aux valeurs qui s'y rattachent, de sorte qu'une audience est tenue, le Tribunal ne rend pas un verdict de culpabilité, mais ne fait qu'enjoindre de ne pas répéter les messages. Ne peut être reconnu coupable d'outrage au tribunal et s'exposer à une sanction pénale que celui qui désobéit délibérément à une telle ordonnance. Même dans ce cas-là, un juge peut excuser la désobéissance s'il existe un motif valable de le faire, car la question de l'outrage au tribunal relève dans une certaine mesure de son pouvoir discrétionnaire.

La Loi prévoit un processus exemplaire permettant d'établir l'équilibre qui s'impose entre la promotion de l'harmonie et de la dignité, d'une part,

other, the process of this Act is exemplary. It is well designed to minimize many of the undesirable aspects of curbing free expression. This approach to curbing hate propaganda is far more appropriate than the all or nothing approach inherent in criminalization of such expression. Coupled with a more narrowly-drafted prohibition, it might well withstand constitutional scrutiny. But the question at this point is whether the system is capable of curing the overbreadth of s. 13(1). I cannot conclude that it is. In my view, it is no answer to the absence of rational connection between the broad sweep of legislation and its objectives, to say that in practice, Commissioners and members of tribunals may choose not to enforce the overbroad aspects of a provision. Rights and freedoms guaranteed by the *Charter* cannot be left to the administrative discretion of those employed by or retained by the state. This is not a case where constitutional problems are raised only if one presumes that administrative officials will exercise their discretion in a manner contrary to the *Charter*. Rather, the power to infringe the *Charter* is delegated explicitly or by necessary implication by the provision, and so it must stand or fall on its own terms: see Lamer J. in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

Moreover, the chilling effect of leaving overbroad provisions "on the books" cannot be ignored. While the chilling effect of human rights legislation is likely to be less significant than that of a criminal prohibition, the vagueness of the law means it may well deter more conduct than can legitimately be targeted, given its objectives.

In the end result, I cannot avoid the conclusion s. 13(1) is capable of catching a broad range of expression beyond that which can be justifiably limited in pursuit of the objectives of preventing discrimination and maintaining social harmony and individual dignity. To the extent it catches

et la sauvegarde de la liberté d'expression, d'autre part. Elle est bien conçue pour réduire au minimum beaucoup des aspects peu souhaitables de la restriction de la liberté d'expression. Cette façon de freiner la propagande haineuse est bien préférable au tout ou rien de la criminalisation de cette expression. Assortie d'une interdiction de portée plus étroite, cette méthode pourrait bien résister à l'examen de la Constitution. Mais à ce stade-ci se pose la question de savoir si le système est en mesure de remédier à la portée excessive du par. 13(1). Je ne puis conclure qu'il l'est. À mon avis, on ne saurait justifier l'absence d'un lien rationnel entre la large portée d'un texte législatif et ses objectifs en alléguant que les commissaires et les membres de tribunaux peuvent dans la pratique choisir de ne pas appliquer les aspects d'une disposition qui rendent sa portée excessive. Les droits et libertés garantis par la *Charte* ne peuvent être confiés à la discrétion administrative de personnes qui sont les employés de l'État ou dont les services ont été retenus par l'État. Il ne s'agit pas d'un cas où des problèmes constitutionnels ne se présentent que si l'on suppose que les fonctionnaires administratifs exerceront leur pouvoir discrétionnaire d'une manière contraire à la *Charte*. Il s'agit plutôt de la délégation explicite ou nécessairement implicite du pouvoir d'enfreindre la *Charte* par la disposition en cause, si bien que sa validité est à déterminer en fonction de ses propres termes: voir le juge Lamer dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

De plus, on ne saurait faire abstraction de l'effet paralysant qu'aurait le maintien de dispositions d'une portée excessive. Bien que l'effet paralysant de lois en matière de droits de la personne soit probablement moindre que celui d'une interdiction criminelle, l'imprécision de la loi a pour conséquence qu'elle pourrait décourager plus de conduites que ne le justifient ses objectifs.

Tout compte fait, je ne puis m'empêcher de conclure que le par. 13(1) peut s'appliquer à une large gamme d'expression dépassant ce qui peut être légitimement limité dans la poursuite des objectifs de la prévention de la discrimination et du maintien de l'harmonie sociale et de la dignité

such expression, it is not carefully tailored to its aims and lacks a rational connection with its objectives.

(iii) Minimum Impairment

The question at the second stage of the proportionality inquiry is whether s. 13(1) impairs the right of freedom of speech as little as possible. In considering this question, some degree of deference must be paid to Parliament. The fact that the Court might be able to conceive a way the legislative goal could be accomplished with less intrusion on the right is not necessarily fatal, provided the legislative scheme, viewed as a whole, constitutes a measured and proportionate impairment on the right. The question must be whether the impairment is objectively reasonable given the objectives of the legislation, whether, to borrow the language of *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, a "serious effort" has been made to accommodate the right infringed "without undue damage to the scope and quality of the pause day objective" (p. 783).

As stated in *Edwards Books*, it would not be appropriate for this Court to conclude that the degree of impairment of a right is not "minimum" merely because it can conceive of an alternative way of legislating which seems to achieve the end desired with less impairment. On the other hand, where the measure seriously overreaches and unjustifiably infringes the right or freedom in question, the Court has no choice but to find the test not met.

I conclude that s. 13(1) does infringe freedom of speech seriously and ultimately unjustifiably.

The considerations relating to overbreadth discussed in the context of whether there exists a rational connection between s. 13(1) of the Act and its objectives are relevant here. Much expression may be caught which is unrelated to the aims of the section. This is exacerbated by the potential chilling effect on expression of the vague and emotive terms of the prohibition.

individuelle. Dans la mesure où ce paragraphe vise ce genre d'expression, il n'est pas soigneusement adapté à la réalisation de ses objets et n'a pas de lien rationnel avec ceux-ci.

(iii) L'atteinte minimale

À la deuxième étape de l'examen de la proportionnalité se pose la question de savoir si le par. 13(1) porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression. Dans l'étude de cette question, on doit une certaine déférence au Parlement. Le fait que la Cour puisse concevoir une manière d'atteindre l'objet législatif qui porterait moins atteinte à ce droit n'est pas nécessairement fatal au régime législatif, si ce régime, considéré dans son ensemble, représente une atteinte mesurée et proportionnée. La question doit être celle de savoir s'il s'agit objectivement d'une atteinte raisonnable compte tenu des objets de la loi ou, pour reprendre les termes de l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, si on a fait un «effort sérieux» pour composer avec le droit auquel il a été porté atteinte, «sans préjudicier indûment à la portée et à la qualité de l'objectif» (p. 783).

Comme le dit l'arrêt *Edwards Books*, notre Cour ne devrait pas conclure que l'on n'a pas porté «le moins possible» atteinte à un droit simplement parce qu'elle peut concevoir une autre mesure législative qui semble pouvoir atteindre le but recherché tout en constituant une atteinte moins grave. Par ailleurs, lorsque la mesure en cause a une portée vraiment excessive et viole de façon injustifiable le droit ou la liberté en question, la Cour est contrainte de conclure que le critère n'est pas rempli.

Je conclus que le par. 13(1) constitue une atteinte grave et, en dernière analyse, injustifiable à la liberté d'expression.

Les considérations relatives à la portée excessive examinées dans le contexte de la question de savoir s'il existe un lien rationnel entre le par. 13(1) de la Loi et les objectifs qu'il vise sont pertinentes à ce stade de l'analyse. En effet, ce paragraphe peut s'appliquer à beaucoup d'expression n'ayant aucun lien avec ses objets. Cet état des choses aggrave l'effet paralysant que risquent d'avoir sur l'expression les termes imprécis et émotifs de l'interdiction.

There may be good reasons to defer to legislative judgment on the appropriate balance between furthering equality and safeguarding free expression, particularly in the context of a human rights statute. The problem here, however, is that no serious attempt to strike such a balance appears to have been made. The Act does not, as other human rights Codes do, admonish the tribunal to have regard to the speaker's freedom of expression in applying the provision. Nor does it contain even one of the various defences or exceptions included in s. 319(3) of the *Criminal Code*, and thought to be so significant in striking the balance by the Cohen Committee: *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (1966), at pp. 65-66. Rather, it simply applies to all expression "likely to expose a person or persons to hatred or contempt".

More specifically, one factor which increases the seriousness of the infringement on freedom of expression is the absence of the defence of truth. In defence of this omission, it can be argued that discrimination can be fostered even by true statements (e.g., handicapped people may encounter more difficulties on the job-site than persons without physical handicaps), and that making truth a defence merely provides a platform for hate-mongers to expound on their ideas. For these reasons, I would not wish to be taken as suggesting that a human rights prohibition on hate promotion which did not allow for the defence of truth, but was otherwise unobjectionable, could not survive constitutional scrutiny. At the same time, the value of seeking truth is one of the strongest justifications for freedom of expression. It is essential to the "marketplace of ideas" which is a condition of a free, vibrant society. It is equally central to the rationales of the working of democracy and self-fulfilment that underlie freedom of expression. Individuals in a free society assume that, whatever restriction it may be necessary to place on free speech, they will always have the right to say what is true. That right cannot lightly be restricted. Thus, the exclusion of the defence of truth from s. 13(1) cannot but seriously increase the degree of

Il peut y avoir de bonnes raisons de s'en remettre au jugement du législateur sur la question de l'équilibre à établir entre la promotion de l'égalité et la sauvegarde de la liberté d'expression, surtout dans le contexte d'une loi sur les droits de la personne. Toutefois, le problème en l'espèce est qu'on ne semble pas avoir fait de tentative sérieuse d'établir cet équilibre. La Loi, contrairement à d'autres codes des droits de la personne, n'engage pas le tribunal à tenir compte de la liberté d'expression de celui qui s'exprime en appliquant la disposition en cause. En outre, elle ne contient pas une seule des défenses ou exceptions qui sont énoncées au par. 319(3) du *Code criminel* et que le comité Cohen estimait tellement importantes pour trouver cet équilibre: *Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada* (1966), aux pp. 67 et 68. Au contraire, elle s'applique simplement à toute expression «susceptible[. . .] d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe».

Plus précisément, un facteur qui accroît la gravité de la violation de la liberté d'expression est l'absence du moyen de défense de la véracité. On peut soutenir pour justifier cette omission que même des déclarations vraies peuvent favoriser la discrimination (par exemple les personnes handicapées peuvent éprouver en milieu de travail plus de difficultés que les personnes non handicapées), et que faire de la véracité un moyen de défense fournit simplement aux fomentateurs de haine une tribune pour leurs idées. Pour ces raisons, je ne souhaite pas être considérée comme laissant entendre qu'une interdiction de fomenter la haine, décrétée par une loi sur les droits de la personne qui ne prévoit pas de moyen de défense de véracité mais qui est à tous autres égards irréprochable, ne pourrait pas résister à un examen constitutionnel. En même temps, la valeur que représente la recherche de la vérité figure parmi les plus fortes justifications de la liberté d'expression. Elle est essentielle à l'existence du «marché des idées» qui est à son tour la condition d'une société libre et dynamique. C'est un élément tout aussi fondamental de la démocratie et l'épanouissement personnel qui sous-tendent la liberté d'expression. Les particuliers dans une société libre tiennent pour

infringement of freedom of expression which the provision effects.

Another aspect of the overreaching nature of s. 13(1) is the fact that it allows the Commission to interfere with the strictly private communication of ideas. In this respect s. 13(1) again goes further than s. 319(2) of the *Criminal Code*. The benefit obtained from prohibiting private conversations between consenting individuals is arguably small, since only those who are already receptive to such messages are likely to be interested in receiving them. On the other hand, the invasion of privacy may be significant. Without suggesting that prohibition of offensive telephone calls could never be justified, the fact that private communications are banned cannot but enhance the significance of the infringement of the rights of the individual effected by s. 13(1) of the Act.

On the other side of the question, those supporting s. 13(1) point out that it is limited in that it applies to telephone communications only. This, however, does not explain why a less incursive provision, such as a prohibition against counselling discriminatory practices by telephone, might not suffice equally well. Moreover, the importance of the telephone as a medium of communication should not be underestimated. The telephone is perhaps the least expensive mode by which less advantaged groups or individuals can communicate their ideas and beliefs. Native groups, religious minorities and others who identify themselves by their colour, religion, or ethnic origin may find themselves inhibited by overbroad prohibitions on telephonic communication from using the telephone to express legitimate grievances against the perceived inequities imposed by the majority culture. If the aim of the *Charter* is to secure to all persons, regardless of economic means, a justifiable measure of free expression,

acquis que, quelle que soit la restriction qui peut devoir être imposée à la liberté d'expression, ils auront toujours le droit de dire ce qui est vrai. Ce droit ne peut être limité à la légère. Cela étant, le fait que le par. 13(1) ne prévoit pas de défense de véracité augmente nécessairement beaucoup la gravité de l'atteinte portée à la liberté d'expression par cette disposition.

Un autre aspect de la portée excessive du par. 13(1) est qu'il autorise la Commission à s'immiscer dans la communication strictement privée d'idées. À cet égard aussi, le par. 13(1) va plus loin que le par. 319(2) du *Code criminel*. L'avantage tiré de l'interdiction de conversations privées entre des particuliers consentants est peut-être peu important, puisque seules voudront vraisemblablement recevoir de tels messages les personnes prédisposées à les accueillir favorablement. D'un autre côté, l'atteinte à la vie privée peut être importante. Quoique je ne prétende pas que l'interdiction d'appels téléphoniques offensants ne pourrait jamais se justifier, le fait que des communications privées soient prosrites ne peut qu'accentuer la gravité de l'atteinte portée aux droits du particulier par le par. 13(1) de la Loi.

Par ailleurs, les défenseurs du par. 13(1) font remarquer que sa portée est limitée en ce sens qu'il ne vise que les communications téléphoniques. Cela n'explique toutefois pas pourquoi une disposition moins envahissante, telle qu'une interdiction de se servir du téléphone pour recommander des actes discriminatoires, ne ferait pas tout aussi bien l'affaire. De plus, il ne faut pas sous-estimer l'importance du téléphone comme moyen de communication. Le téléphone est peut-être le moyen le moins coûteux auquel les groupes ou les personnes désavantagés peuvent avoir recours pour communiquer leurs idées et leurs croyances. Des interdictions excessivement larges imposées aux communications téléphoniques pourraient décourager des groupes d'autochtones, des minorités religieuses et d'autres groupes qui se distinguent par leur couleur, leur religion ou leur origine ethnique, de se servir du téléphone pour exprimer des griefs légitimes contre les injustices que, selon eux, leur fait subir la culture de la majorité. Or, si la *Charte* a

then particular care should be taken in drafting legislation suppressing telephonic communication.

In conclusion, I am satisfied that s. 13(1) intrudes on the fundamental freedom of expression in ways that cannot, even with the greatest deference to Parliament, be justified by the objectives it seeks to promote. The effort made to accommodate the right of free expression is insufficient. Section 13(1) catches speech which is neither intended nor calculated to foster discrimination. It catches speech which may be entirely accurate and truthful; speech which merely seeks to air legitimate group grievances; speech which merely exposes to ridicule; speech which merely communicates the information by telephone to a single person who has the power to hang up the phone if he or she does not like the message; private speech between consenting participants. In short, s. 13(1) seriously overshoots the mark, going beyond what can be defended as a reasonable limit on free speech justified by the need to combat discrimination against members of particular groups.

(iv) Importance of the Right Versus Benefit Conferred

I turn finally to the question of whether the deleterious effects of the infringement of freedom of expression represented by s. 13 outweigh the benefits to be derived from it. Applying the contextual approach set out by Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, the nature and degree of the impairment must be balanced against the evils it is calculated to remedy.

The significance of the infringement of the right at issue in this case is most serious. The limitation touches expression which may be relevant to social and political issues. Free expression on such matters has long been regarded as fundamental to the working of a free democracy and to the mainte-

pour objet d'assurer à tous, indépendamment de leurs moyens économiques, une mesure justifiable de liberté d'expression, alors il faut se montrer particulièrement prudent dans la rédaction de dispositions législatives supprimant la communication par téléphone.

Pour conclure, je suis convaincue que le par. 13(1) porte atteinte à la liberté d'expression fondamentale, et ce, de façons qui, même avec la plus grande déférence pour le Parlement, ne peuvent se justifier par les objectifs que vise cette disposition. Les efforts pour composer avec le droit à la liberté d'expression sont insuffisants. Le paragraphe 13(1) vise l'expression qui n'est ni destinée à favoriser la discrimination ni conçue à cette fin. Il s'applique à des propos qui peuvent être parfaitement exacts et véridiques, à l'expression qui ne cherche qu'à faire connaître les griefs légitimes d'un groupe, à l'expression qui expose simplement au ridicule, à l'expression qui ne fait que communiquer des renseignements par téléphone à une seule personne, qui a toute liberté de raccrocher si le message lui déplaît, et à l'expression privée entre personnes consentantes. Bref, le par. 13(1) va beaucoup trop loin; il va au-delà de ce qui peut être défendu comme restriction raisonnable de la liberté d'expression justifiée par la nécessité de combattre la discrimination envers les membres de groupes particuliers.

(iv) L'importance relative du droit par rapport à l'avantage conféré

J'aborde finalement la question de savoir si les effets préjudiciables de la violation de la liberté d'expression que représente l'art. 13 l'emportent sur les avantages en découlant. Suivant l'analyse contextuelle exposée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, la nature et le degré de l'atteinte doivent être opposés aux maux auxquels cette atteinte vise à remédier.

La violation du droit en cause en l'espèce est extrêmement grave. La restriction touche l'expression qui peut être pertinente relativement à des questions sociales et politiques. La liberté d'expression en ce qui concerne ces questions est depuis longtemps considérée comme essentielle au bon

nance and preservation of our most fundamental freedoms. The right to express oneself freely on such matters is not lightly to be trammelled; a limitation on such expression must be proportionate to the evil and sensitive to the need to preserve as much freedom of expression as may be compatible with suppressing that evil.

On the other side of the balance, it is not clear that the measure, broad as it is, is calculated to significantly diminish the evils of group discrimination. The goals of elimination of discrimination or promotion of social harmony may conceivably be advanced by suppression of some of the expression caught by s. 13(1), although this is not beyond conjecture. At the same time, much of the expression caught by s. 13(1) may bear no relation to these goals. In these circumstances, it is difficult to argue that the cost of the legislation in terms of infringement of the right to free expression is justified by the benefit it confers.

I conclude that the benefits to be secured by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* fall short of outweighing the seriousness of the infringement which the section effects on freedom of expression.

(v) Conclusion on the Section 1 Analysis

Has the Crown established that the limit on freedom of expression effected by s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* is reasonable and justifiable in a free and democratic society? I think not.

A free and democratic society places a high value on the right of free expression. Indeed, without free expression a free and democratic society cannot function, nor can the rights upon which that society is premised be long maintained. All such societies recognize that freedom of expression is not absolute. But they also recognize that where the expression in question goes to political and social issues, limitations must be proportionate to the harm which may flow from abusive expression

fonctionnement d'une démocratie libre et au maintien et à la sauvegarde de nos libertés les plus fondamentales. Il ne faut pas restreindre à la légère le droit de s'exprimer librement sur ces questions. Toute restriction imposée à ce genre d'expression doit être proportionnée au mal et doit tenir compte de la nécessité de conserver le degré de liberté d'expression qui peut être compatible avec la suppression de ce mal.

D'autre part, il n'est pas évident que la mesure en question, si large que soit sa portée, est de nature à réduire sensiblement les maux de la discrimination contre des groupes. L'élimination de la discrimination ou la promotion de l'harmonie sociale peuvent théoriquement être favorisées par la suppression d'une partie de l'expression visée au par. 13(1), mais on peut avoir des doutes à ce sujet. En même temps, une large part de l'expression à laquelle s'applique le par. 13(1) peut n'avoir aucun rapport avec ces objets. Dans ces circonstances, on peut difficilement soutenir que le coût de cette disposition en terme de violation du droit à la liberté d'expression se justifie par l'avantage qu'elle confère.

Je conclus que les avantages pouvant découler du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* ne l'emportent pas sur la gravité de l'atteinte à la liberté d'expression.

(v) L'analyse en vertu de l'article premier—conclusion

La Couronne a-t-elle établi que la restriction imposée à la liberté d'expression par le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* est raisonnable et justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique? Je ne le crois pas.

Une société libre et démocratique attache une grande valeur au droit à la liberté d'expression. De fait, sans liberté d'expression une société libre et démocratique ne peut pas fonctionner et les droits qui en constituent le fondement ne pourront subsister bien longtemps. Toutes ces sociétés reconnaissent que la liberté d'expression n'est pas absolue. Mais elles reconnaissent aussi que lorsque l'expression en cause porte sur des questions politiques et sociales, les restrictions doivent être proportionnées

and sensitive to the need not to trammel free expression more than is reasonably necessary.

There can be no doubt that the prevention of discrimination and the maintenance of social harmony and individual dignity are of the utmost importance in our multicultural society. Expression which threatens these values can properly be limited by Parliament and the legislatures. But the limit must be effected in a reasonable manner, proportionate to the evil and sensitive to the fundamental right of free expression. It is the breadth of the prohibition which creates the difficulty in this case. On all three criteria for proportionality laid down in *Oakes*, s. 13(1) of the Act emerges wanting.

IV. *Conclusion on the Charter Issues*

I conclude that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* infringes s. 2(b) of the *Charter*, and that the Crown has not discharged the burden on it of showing that the measure is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. The section is too broad and too invasive; it overreaches its objectives and ultimately cannot be justified by them.

V. *Bias*

The appellants, relying on the Federal Court of Appeal decision in *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856, argue that the findings of the Human Rights Tribunal were flawed because of an apprehension of bias. Pursuant to the scheme of the Act the Commission investigated, found that there was sufficient basis for proceeding, and prosecuted the complaint. The same Commission appointed the members of the Tribunal, which heard and decided the case. The appellants argue that this gives rise to an apprehension of bias, and as such they were not afforded a fair hearing in accordance with principles of fundamental justice.

au préjudice pouvant résulter de l'expression offensante et prendre en considération la nécessité de n'imposer à la liberté d'expression que des restrictions raisonnables et nécessaires.

^a Il ne fait aucun doute que la prévention de la discrimination et le maintien de l'harmonie sociale et de la dignité individuelle revêtent une importance capitale dans notre société multiculturelle. ^b L'expression qui menace ces valeurs peut à bon droit être restreinte par les législateurs fédéral et provinciaux. Mais la restriction doit être imposée d'une manière qui est raisonnable, qui est proportionnée au mal et qui tient compte du droit fondamental à la liberté d'expression. C'est la large portée de l'interdiction qui crée la difficulté en l'espèce. Le paragraphe 13(1) de la Loi ne satisfait à aucun des trois critères de proportionnalité énoncés dans l'arrêt *Oakes*.

IV. *Conclusion sur les questions touchant la Charte*

Je conclus que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole l'al. 2b) de la *Charte* et que la Couronne n'a pas démontré, comme il lui incombait, qu'il s'agit d'une mesure raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. ^f Le paragraphe en question a une portée excessive et il est trop envahissant. Il outrepassé ses objectifs et, en dernière analyse, ne peut être justifié par ceux-ci.

^g V. *La partialité*

Les appelants, se fondant sur l'arrêt *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856, de la Cour d'appel fédérale, font valoir que les conclusions du Tribunal des droits de la personne étaient viciées en raison d'une crainte de partialité. La Commission, en conformité avec la Loi, a mené une enquête, a conclu qu'il y avait une justification suffisante pour engager des procédures et a en fait engagé des procédures relativement à la plainte. La même Commission a nommé les membres du Tribunal qui a entendu l'affaire et rendu une décision. Les appelants soutiennent que cela fait naître une crainte de partialité et qu'ils n'ont donc pas bénéficié d'une audition équitable en conformité avec les principes de justice fondamentale.

In *MacBain* the same appointment procedure as that in question in the present case was challenged. The Federal Court of Appeal found that there was a reasonable apprehension of bias because there was a direct connection between the prosecutor of the case, the Canadian Human Rights Commission, and the decision-maker. That connection gave rise to a suspicion of influence or dependency. The court thus concluded that the applicant was not afforded a fair hearing in accordance with principles of fundamental justice, as guaranteed by s. 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*.

The Canadian Human Rights Commission argues that *MacBain* was wrongly decided. They also argue that if the validity of the Tribunal's order is questionable due to an apprehension of bias, such defect merely makes the Federal Court order voidable and does not affect the contempt proceedings. The appropriate course would be for the appellants to move to have the order set aside.

Because the facts in the present case render the *MacBain* decision clearly distinguishable, it is not necessary for me to decide the validity of the principles set forth in *MacBain*. In *MacBain*, the issue of bias was raised at the outset of the process, as *MacBain* alleged bias even before the first meeting of the tribunal. Conversely, the appellants in this case raised the issue of bias several years after the initial hearing. By not raising the issue at the outset and by proceeding with the Tribunal hearings and contempt hearings without raising the issue, the appellants must be deemed to have waived any right to raise an issue of bias now.

I would adopt the reasons of MacGuigan J. in *Re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Ltd.*, [1986] 1 F.C. 103 (C.A.). There, as here, the applicant failed to raise the allegation of bias at the commencement of the proceedings. MacGuigan J., distinguishing *MacBain*, held, at p. 113, that the principle in *MacBain* was limited to

Dans l'affaire *MacBain* on a contesté la même méthode de nomination que celle dont il s'agit en l'espèce. La Cour d'appel fédérale a conclu à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité parce qu'il y avait un lien direct entre la poursuivante (la Commission canadienne des droits de la personne), et l'entité qui prenait la décision. Ce lien créait un soupçon de dépendance ou d'influence. La cour a décidé en conséquence qu'on n'avait pas accordé au requérant une audition équitable en conformité avec les principes de justice fondamentale, consacrés à l'al. 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*.

La Commission canadienne des droits de la personne soutient que la décision *MacBain* est erronée. Elle allègue en outre que si la validité de l'ordonnance du Tribunal est douteuse en raison d'une crainte de partialité, ce vice ne fait que rendre annulable l'ordonnance de la Cour fédérale et n'a aucune incidence sur les procédures pour outrage au tribunal. Les appelants devraient donc présenter une requête en annulation de l'ordonnance.

Puisque la présente instance, par ses faits, est manifestement différente de l'affaire *MacBain*, il est inutile que je décide du bien-fondé des principes énoncés dans cet arrêt. Dans l'affaire *MacBain*, la question de la partialité a été soulevée dès le début des procédures, car *MacBain* a allégué la partialité même avant la première séance du tribunal. Inversement, les appelants en l'espèce ont soulevé la question de la partialité plusieurs années après l'audience initiale. Puisqu'ils ne l'ont pas soulevée ni au départ ni au cours des audiences du Tribunal ni aux audiences relatives à l'outrage au tribunal, les appelants doivent être réputés avoir maintenant renoncé au droit d'invoquer la partialité.

Je fais miens les motifs du juge MacGuigan dans l'*Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique Canada Ltée*, [1986] 1 C.F. 103 (C.A.). Dans cette affaire, comme en l'espèce, la requérante a omis de soulever la question de la partialité au commencement des procédures. Le juge MacGuigan, faisant une distinction d'avec l'arrêt *MacBain*, déclare, à la p. 113, que le principe posé dans *MacBain* ne s'appli-

situations where the applicants raise allegations of bias at the outset of the proceedings:

... AECL's whole course of conduct before the Tribunal constituted an implied waiver of any assertion of a reasonable apprehension of bias on the part of the Tribunal. The only reasonable course of conduct for a party reasonably apprehensive of bias would be to allege a violation of natural justice at the earliest practicable opportunity. Here, AECL called witnesses, cross-examined the witnesses called by the Commission, made many submissions to the Tribunal, and took proceedings before both the Trial Division and this Court, all without challenge to the independence of the Commission. In short, it ... impliedly ... waived its right to object.

In the case at bar, no evidence was presented to prove that the bias issue was raised at any time prior to argument before the Federal Court of Appeal. There may be circumstances in which failure to raise bias from the outset does not amount to implied waiver (for example, where, as here, the party was unrepresented at the initial hearing). However, it is not necessary for the purpose of this case to delineate a precise time at which bias must be raised because I am satisfied on the facts of this case that the appellants did not raise the allegation at the "earliest practicable opportunity". I conclude that, like the applicant in *Re Human Rights Tribunal*, the appellants must be deemed to have impliedly waived any right to allege bias.

VI. *The Orders*

Having found s. 13(1) to be invalid, it is not necessary to consider whether the Tribunal's order itself offended s. 2(b) of the *Charter* by its overbreadth. This leaves for consideration the question of the effect of the unconstitutionality of s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* on the contempt proceedings in the Federal Court.

We were presented with no authority for the proposition that the unconstitutionality of a law upon which a court order is based excuses a refusal to obey the order. Such a proposition appears not to have been advanced in Canada prior to this appeal. In the United States, where it has been

que qu'aux situations où les requérants allèguent la partialité au début des procédures:

... toute la manière d'agir d'AECL devant le Tribunal constituait une renonciation implicite de toute affirmation d'une crainte raisonnable de partialité de la part du Tribunal. La seule manière d'agir raisonnable pour une partie qui éprouve une crainte raisonnable de partialité serait d'alléguer la violation d'un principe de justice naturelle à la première occasion. En l'espèce, EACL a cité des témoins, a contre-interrogé les témoins cités par la Commission, a présenté un grand nombre d'arguments au Tribunal et a engagé des procédures devant la Division de première instance et cette Cour sans contester l'indépendance de la Commission. Bref, elle a [...] implicitement renoncé à son droit de s'opposer.

En l'espèce, on n'a produit aucun élément de preuve établissant que la question de la partialité a été soulevée avant les débats devant la Cour d'appel fédérale. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'omission de soulever la partialité au départ ne constitue pas une renonciation implicite (par exemple lorsque, comme en l'espèce, la partie intéressée n'est pas représentée par un avocat à l'audience initiale). Il n'est toutefois pas nécessaire aux fins de la présente instance de préciser un moment où la partialité doit être soulevée, car les faits me convainquent que les appelants n'ont pas fait l'allégation «à la première occasion». Je conclus que, comme la requérante dans l'arrêt *Tribunal des droits de la personne*, les appelants doivent être réputés avoir renoncé implicitement à tout droit d'alléguer la partialité.

§ VI. *Les ordonnances*

Ayant conclu à l'invalidité du par. 13(1), nous n'avons pas à examiner si l'ordonnance du Tribunal viole elle-même l'al. 2b) de la *Charte* en raison de sa portée excessive. Reste donc la question de l'effet de l'inconstitutionnalité du par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* sur les procédures pour outrage au tribunal engagées devant la Cour fédérale.

On ne nous a signalé aucune décision à l'appui de la proposition selon laquelle l'inconstitutionnalité d'une loi sur laquelle repose une ordonnance judiciaire justifie le refus d'obtempérer à cette ordonnance. Cet argument paraît n'avoir jamais été avancé au Canada avant le présent pourvoi.

advanced, it has been rejected. It has there been held that an individual can defend an established violation of an order only by showing (1) that the court was without *in personam* or subject-matter jurisdiction to issue the injunction, or (2) that the injunction was not only an unconstitutional prior restraint, but that its challengers had sought judicial review before disobeying it “and had been met with delay or frustration of their constitutional claims”, threatening the timely exercise of First Amendment claims, or (3) that the order was “transparently invalid”: *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967). Without suggesting that Canadian law should go as far as American law in recognizing defences to breaches of court orders, it may be observed that none of the conditions alluded to in *Walker* are met in the case at bar.

Pre-*Charter* Canadian and common law authority also supports the proposition that even an invalid court order must be followed until it is set aside by legal process. The position at common law has been summarized as follows:

It is well established that a contempt application is not answered by the assertion that the injunction was erroneously granted or even that it was void. The proper course is to move against the injunction or to appeal and the court will not permit the original order to be attacked collaterally in contempt proceedings. Again, however, courts have considered the wisdom or validity of the initial decree in determining the appropriate sanction.

See R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), at p. 259, and cases cited therein.

On the other hand, it may be argued that imprisonment for disobedience of an order founded on a constitutionally invalid section should not occur in the normal course. On this view, a review

Aux États-Unis, où il a été avancé, il a été rejeté. On a statué en effet qu'une personne ne peut justifier la désobéissance prouvée à une ordonnance qu'en établissant (1) que la cour n'avait ni compétence *ratione personae* ni compétence *ratione materiae* pour rendre l'injonction; (2) que non seulement l'injonction constituait une restriction préalable inconstitutionnelle, mais que ceux qui la contestaient, avant d'y désobéir, avaient fait une demande de contrôle judiciaire [TRADUCTION] «mais n'avaient subi que retards ou frustrations dans le règlement de leurs revendications constitutionnelles», ce qui compromettrait l'exercice en temps opportun de recours fondés sur le Premier amendement; ou (3) que l'ordonnance était [TRADUCTION] «manifestement invalide»: *Walker v. City of Birmingham*, 388 U.S. 307 (1967). Sans prétendre que le droit canadien devrait reconnaître dans la même mesure que le droit américain l'existence de moyens de défense aux cas de désobéissance à une ordonnance judiciaire, on peut faire observer qu'aucune des conditions évoquées dans la décision *Walker* n'est remplie en l'espèce.

Le point de vue suivant lequel on doit obéir même à une ordonnance judiciaire invalide tant qu'elle n'est pas annulée par les voies de justice est appuyé aussi par la jurisprudence canadienne antérieure à la *Charte* et par la common law. La position en common law a été ainsi résumée:

[TRADUCTION] Il est bien établi qu'on ne saurait répondre à une accusation d'outrage au tribunal en faisant valoir que l'injonction a été accordée par erreur ni même en alléguant sa nullité. Ce qu'il convient de faire est de présenter une requête attaquant l'injonction ou de former un appel et la cour ne permettra pas que l'injonction soit attaquée accessoirement dans le cadre de procédures pour outrage au tribunal. Là aussi, cependant, les tribunaux ont examiné la sagesse ou la validité de l'ordonnance primitive en décidant de la sanction appropriée.

Voir R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983), à la p. 259, et la jurisprudence qui y est citée.

D'un autre côté, on peut soutenir que, dans le cours normal des choses, il ne devrait pas y avoir d'emprisonnement pour désobéissance à une ordonnance fondée sur un article inconstitutionnel.

of the contempt citation can be sought at the same time as the order is challenged, on the basis that while the order is technically valid until set aside, it would be unjust to maintain a conviction for contempt where the conduct consists in exercising one's constitutional rights as enunciated by the courts. During the interval while the constitutionality of the statute is under review, it would be appropriate to request that service of the sentence be deferred on terms, as is often done where criminal convictions are under appeal.

In my opinion, the 1979 order of the Tribunal, entered in the judgment and order book of the Federal Court in this case, continues to stand unaffected by the *Charter* violation until set aside. This result is as it should be. If people are free to ignore court orders because they believe that their foundation is unconstitutional, anarchy cannot be far behind. The citizens' safeguard is in seeking to have illegal orders set aside through the legal process, not in disobeying them.

In this case, the appellants ask both that the order be quashed as an unreasonable restraint on the appellants' freedom of expression, and that their convictions and sentences for violating the order be set aside. In my opinion, while this Court has the power to accede to these applications under s. 24(1) of the *Charter*, which permits it to fashion appropriate remedies for constitutional violations, the two requests must be treated independently.

Having found that the statutory provision on which the Tribunal's order was based is invalid, it follows that the order cannot continue to stand. I would therefore accede to the appellants' request that the Tribunal's order be quashed. However, the effective date of the quashing of the order must be the date that this judgment is issued. For the purposes of the contempt proceedings, it must be considered to be valid until set aside by legal

Selon ce point de vue, la révision de la déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal peut être demandée au moment où l'on conteste l'ordonnance parce que, si l'ordonnance est théoriquement valide jusqu'à ce qu'elle soit annulée, il serait injuste de maintenir une déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal lorsque la conduite en question consiste à exercer des droits constitutionnels énoncés par les tribunaux. Pendant que la constitutionnalité de la loi est soumise à révision, il conviendrait de demander le sursis, sous condition, de l'exécution de la peine, comme cela se fait souvent lorsque des déclarations de culpabilité en matière pénale sont portées en appel.

À mon avis, tant qu'elle n'aura pas été annulée, l'ordonnance qui a été rendue en l'espèce par le Tribunal en 1979 et inscrite dans le livre des jugements et ordonnances de la Cour fédérale, demeure valide indépendamment de la violation de la *Charte*. Il doit en être ainsi. S'il est permis de désobéir aux ordonnances judiciaires parce qu'on croit que leur fondement est inconstitutionnel, on va vers l'anarchie. Le recours des citoyens est non pas de désobéir aux ordonnances illégales mais à demander en justice leur annulation.

En l'espèce, les appelants demandent l'annulation de l'ordonnance, pour cause d'atteinte déraisonnable à leur liberté d'expression, ainsi que l'annulation des déclarations de culpabilité et des peines résultant de la violation de l'ordonnance. À mon avis, bien que notre Cour ait compétence pour faire droit à ces demandes en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, qui l'autorise à accorder une réparation convenable dans le cas de violations de la Constitution, les deux demandes doivent être considérées indépendamment l'une de l'autre.

Comme je conclus à l'invalidité de la disposition législative sur laquelle est fondée l'ordonnance du Tribunal, l'ordonnance ne peut être maintenue. J'accorde donc la demande d'annulation de l'ordonnance du Tribunal. L'annulation ne prend toutefois effet qu'à partir de la date où le présent arrêt est rendu. Pour les fins des procédures pour outrage au tribunal, l'ordonnance doit être considérée comme valide jusqu'à son annulation par les voies de justice. Par conséquent, l'invalidité éventuelle de l'ordonnance ne constitue pas un moyen

process. Thus, the ultimate invalidity of the order is no defence to the contempt citation.

The upholding of the conviction in this case must, however, be distinguished from a situation such as in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, where evidence is held to have been unlawfully obtained notwithstanding that it was secured pursuant to an authorization that has not been set aside. The commission of the offence of contempt does not depend on the validity of the underlying law but on the existence of a court order made by a court having jurisdiction. I would therefore affirm the appellants' convictions.

That leaves only the sentences to consider. In the Federal Court, Trial Division, Jerome A.C.J. originally imposed sanctions of one year's imprisonment for the appellant, John Ross Taylor, and a fine of \$5,000 for the appellant, the Western Guard Party. Applying the principle identified by Sharpe, *op. cit.*, that the wisdom or validity of the initial decree is a relevant consideration in determining the appropriate sanction, I would vary the judgment below, and reduce the appellant John Ross Taylor's sentence to three months' imprisonment.

Conclusion

I conclude that s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act* violates the *Charter* and must fall under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. I would therefore allow the appeal in part.

I would quash the order made against the appellants by the Human Rights Tribunal on July 20, 1979 and entered into the judgment and order book of the Federal Court, Trial Division, as of August 23, 1979, but affirm the convictions registered against the appellants in the order of the Federal Court, Trial Division, of August 15, 1984. However, I would vary the sentence imposed on the appellant, John Ross Taylor, by reducing it to three months' imprisonment. As success in this appeal has been mixed, I would make no order as to costs.

de défense opposable à la déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal.

Le maintien de la déclaration de culpabilité en l'espèce doit cependant être distinguée de la situation dans laquelle, comme dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, il a été décidé que la preuve avait été obtenue illégalement, bien qu'elle ait été recueillie en vertu d'une autorisation qui n'avait pas été annulée. L'infraction d'outrage au tribunal ne dépend pas de la validité de la loi sur laquelle elle est fondée mais sur l'existence d'une ordonnance judiciaire prononcée par une cour compétente. Je confirmerais donc les déclarations de culpabilité des appelants.

Il ne reste donc qu'à examiner la question des peines. En Division de première instance de la Cour fédérale, le juge en chef adjoint Jerome a initialement imposé à l'appelant John Ross Taylor une peine d'un an d'emprisonnement et à l'appelant le Western Guard Party, une amende de 5 000 \$. Appliquant le principe énoncé par Sharpe, *op. cit.*, selon lequel la sagesse ou la validité de l'ordonnance primitive est une considération pertinente dans la détermination de la sanction appropriée, je suis d'avis de modifier ce jugement et de réduire à trois mois d'emprisonnement la peine de l'appelant John Ross Taylor.

Conclusion

Je conclus que le par. 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* viole la *Charte* et que l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* s'applique. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

Je suis d'avis d'annuler l'ordonnance rendue contre les appelants par le Tribunal des droits de la personne le 20 juillet 1979 et portée dans le livre des jugements et ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale le 23 août 1979, mais je confirmerais les verdicts de culpabilité rendus contre les appelants dans l'ordonnance de la Division de première instance de la Cour fédérale en date du 15 août 1984. Je suis toutefois d'avis de modifier la peine imposée à l'appelant John Ross Taylor en la réduisant à trois mois d'emprisonnement. Comme personne n'a obtenu entièrement gain de cause dans le présent pourvoi, je suis d'avis de ne pas adjuger de dépens.

I would answer the constitutional questions raised as follows:

1. Is s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If s. 13(1) of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, as amended, is inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression guaranteed by s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is it a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Are the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979, and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and, if so, are they consistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b)?

Answer: It is not necessary to address this issue.

4. If the order of the Human Rights Tribunal of July 20, 1979 and the orders of the Federal Court, Trial Division of January 24 and August 15, 1984, are subject to challenge under s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and are inconsistent with the freedom of thought, belief, opinion and expression as guaranteed by s. 2(b), do they constitute a reasonable limit on that freedom within the meaning of s. 1 of the *Charter*?

Answer: It is not necessary to address this issue.

Appeal dismissed, LA FOREST, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting in part.

Solicitor for the appellants: Douglas H. Christie, Victoria.

Solicitors for the respondent the Canadian Human Rights Commission: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Je donnerais aux questions constitutionnelles les réponses suivantes:

1. Le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est-il compatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si le paragraphe 13(1) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, ch. 33, et modifications, est incompatible avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitue-t-il une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

3. L'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent-elles être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, sont-elles compatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b)?

Réponse: Il est inutile d'aborder cette question.

4. Si l'ordonnance du Tribunal des droits de la personne du 20 juillet 1979 et les ordonnances de la Division de première instance de la Cour fédérale des 24 janvier et 15 août 1984 peuvent être contestées aux termes de l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont incompatibles avec la liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression garantie par l'al. 2b), constituent-elles une limite raisonnable de cette liberté au sens de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Il est inutile d'aborder cette question.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents en partie.

Procureur des appellants: Douglas H. Christie, Victoria.

Procureurs de l'intimée la Commission canadienne des droits de la personne: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

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

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.^a

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean Bouchard, Marise Visocchi and Gilles Laporte, Ste-Foy.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean Bouchard, Marise Visocchi et Gilles Laporte, Ste-Foy.^b

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Gordon E. Pilkey, Winnipeg.

Solicitors for the intervener the Canadian Jewish Congress: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès juif canadien: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.^c

Solicitors for the intervener the League for Human Rights of B'nai Brith, Canada: David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Ligue des droits de la personne de B'nai Brith, Canada: David Matas, Winnipeg.^d

Solicitors for the Women's Legal Education and Action Fund: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Kathleen Mahoney, Calgary; Code Hunter, Calgary.

Solicitors for the intervener the Canadian Holocaust Remembrance Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Canadian Holocaust Remembrance Association: Tory, Tory, DesLauriers & Binnington, Toronto.^e

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, Rosenberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Greenspan, Rosenberg, Toronto.^f



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 5, 1990 Vol. 3

5^e cahier, 1990 Vol. 3

Cited as [1990] 3 S.C.R. 979-1233

Renvoi [1990] 3 R.C.S. 979-1233

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising before the Supreme Court of Canada are asked to take note of amendments to the *Rules of the Supreme Court of Canada*. These amendments have been registered as SOR/91-347 and will come into force on June 19, 1991. Transitional provisions provide that, in certain cases, the old rules will apply where the notice of appeal is filed before June 19, 1991, unless the parties agree that the new rules shall apply.

The following highlights the major changes:

APPEALS

1. Time limits for filing of case on appeal and factums (Rule 38):

The case on appeal must be served and filed within three months of the filing of the notice of appeal. An appellant's factum must be served and filed within five months of the filing of the notice of appeal. The respondent's factum must be served and filed within eight weeks of service of the appellant's factum. An intervener's factum must be served and filed within two weeks of the service of the respondent's factum. In computing these time limits, the months of July and August are now taken into account.

2. Inscription (Rule 44):

Appeals will be inscribed automatically by the Registrar upon the filing of the respondent's factum or upon the expiration of the time limit for filing of the respondent's factum. A notice to this effect must appear at the conclusion of the appellant's factum.

3. Printing and number of copies of factums and cases (Rules 33 and 37):

New limits have been placed on the size of type, margins, and spacing that is to be used in the printing of factums and cases. Each party and intervener must file 24 copies of their factum and case, on an appeal, and 31 copies, on a reference.

AVIS AUX AVOCATS

Les avocats qui plaident devant la Cour suprême du Canada sont priés de prendre note de modifications apportées aux *Règles de la Cour suprême du Canada*. Publiées sous le numéro DORS/91-347, elles entreront en vigueur le 19 juin 1991. Selon les dispositions transitoires, dans certains cas, les anciennes règles s'appliqueront lorsqu'un avis d'appel est déposé avant le 19 juin 1991, sauf lorsque les parties conviennent de procéder selon les nouvelles règles.

Voici les principales modifications:

LES APPELS

1. Délai de signification du dossier et des mémoires (art. 38):

L'appelant doit signifier et déposer le dossier d'appel dans les trois mois du dépôt de l'avis d'appel. L'appelant doit signifier et déposer son mémoire dans les cinq mois suivant la date du dépôt de l'avis d'appel. L'intimé doit signifier et déposer son mémoire dans les huit semaines suivant la signification de celui de l'appelant. Tout intervenant doit signifier et déposer son mémoire dans les deux semaines suivant la signification du mémoire de l'intimé. Les mois de juillet et d'août entrent désormais dans la computation des délais.

2. L'inscription (art. 44):

Doit apparaître à la fin du mémoire de l'appelant l'avis selon lequel dès le dépôt du mémoire de l'intimé ou dès l'expiration du délai de dépôt de ce mémoire, le registraire inscrit automatiquement l'appel pour audition.

3. L'impression et le nombre de copies des mémoires et des dossiers (art. 33 et 37):

Des modifications sont apportées aux caractères, aux marges et aux espacements dans l'impression des mémoires et des dossiers. Les parties et les intervenants doivent chacun déposer 24 exemplaires de leur mémoire et dossier s'il s'agit d'un appel, et 31 exemplaires s'il s'agit d'un renvoi.

4. Session lists (Rule 44):

The Registrar shall enter on a list all those appeals that have been inscribed, eight weeks prior to the commencement of the session.

APPLICATIONS FOR LEAVE TO APPEAL

Provision is now made for the filing of a reply by the applicant (Rule 23).

SERVICE

Service may be made by personal service, registered or certified mail, courier, or, in certain cases, by telephone transmission of a facsimile of the document (Rule 16).

DISMISSAL FOR WANT OF PROSECUTION

Upon notice, the Registrar may dismiss an application for leave to appeal as abandoned where the application has not been perfected within six months from the filing of the notice of application (Rule 25). Similarly, the Registrar may ask a judge to dismiss an appeal as abandoned where the appellant's factum has not been filed within one year from the granting of leave to appeal by the Court or the filing of the notice of appeal, as the case may be (Rule 45).

Other amendments have been made, and I commend the new rules to you for careful reading. Inquiries concerning these amendments should be directed to Claude E. Alain, Director of Legal Affairs or to Michel Larmour, Clerk of Process.

REGISTRAR

May 1991

4. Le rôle de la session (art. 44):

Le registraire met au rôle les appels inscrits au plus tard le huitième mardi précédant le premier jour de la session.

LES DEMANDES D'AUTORISATION D'APPEL

Le demandeur peut maintenant déposer une réplique à la réponse de l'intimé (art. 23):

LA SIGNIFICATION

La signification peut être faite par signification à personne, par courrier recommandé ou certifié, par messagerie ou, dans certains cas, par télécopieur (art. 16).

REJET POUR RETARD

Si la demande d'autorisation n'est pas mise en état dans un délai de six mois suivant le dépôt de l'avis de demande d'autorisation, le registraire peut, sur avis, la rejeter à titre de demande abandonnée (art. 25). De même, si le mémoire de l'appelant n'est pas déposé et signifié dans l'année qui suit, selon le cas, l'octroi de la demande d'autorisation par la Cour ou le dépôt d'un avis d'appel, le registraire peut demander à un juge de rejeter l'appel à titre d'appel abandonné (art. 45).

Il convient de lire attentivement les autres modifications apportées aux règles. Pour de plus amples renseignements, veuillez vous adresser à Me Claude E. Alain, Directeur des Affaires juridiques, ou à Michel Larmour, Préposé au greffe.

REGISTRAIRE

Mai 1991

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

McClurg v. Canada 1020

Income Tax — Dividends — Attribution — Dividends declared and allocated to shareholders of a share class pursuant to discretion of directors — Other classes of shares not participating in dividend — Whether portion of dividend properly attributable to other classes of shares — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

Company law — Dividends — Discretionary dividend as declared and allocated at discretion of directors — Whether derogation of *common law* with respect to nature of shares or directors' duties — Whether permitted by Saskatchewan Business Corporations Act — Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, ss. 24(4), 40, 97, 234.

Morguard Investments Ltd. v. De Savoye 1077

Conflict of laws — Civil procedure — Judgments and orders — Recognition and enforcement of extraprovincial judgments — Respondents obtaining judgments in Alberta court against British Columbia resident for foreclosure and for deficiencies between value of property and amounts owing on mortgages — Whether or not Alberta judgments should be enforced by British Columbia court.

Continued on next page

SOMMAIRE

Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville) 1170

Droit municipal — Municipalités — Demandes de règlements de zonage — Partialité ou crainte de partialité — Un conseiller municipal a appuyé en privé une demande de modification de zonage et a subséquemment voté en faveur de la demande sans révéler sa participation antérieure — La conduite du conseiller soulève-t-elle une crainte raisonnable de partialité?

Droit municipal — Urbanisme — Plan officiel — Effet — Aménagement résidentiel et parc prévus dans les plans de la ville et du district — Nouveau zonage permettant l'aménagement de condominiums — L'aménagement proposé contrevient-il aux plans? — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 599, 609.

Droit municipal — Zonage — Modification — Procédure — L'auteur d'une demande de modification de zonage négocie avec la municipalité l'acquisition de biens-fonds municipaux et de rues destinées à être fermées — Vente au requérant approuvée par la municipalité avant l'adoption du nouveau zonage — Régularité du nouveau zonage — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 609(1).

Droit municipal — Règlements de zonage — Validité — Demande de modification de zonage présentée par l'acquéreur prévu de biens-fonds municipaux sans autorisation de la ville —

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City) 1170

Municipal law — Municipal corporations — Applications for zoning by-laws — Bias or apprehended bias — Municipal councillor supporting rezoning application in private and subsequently voting in favour of it without revealing prior involvement — Whether councillor's conduct raised a reasonable apprehension of bias.

Municipal law — Planning — Official plan — Effect — City and district plans providing for residential development and park — Rezoning permitting condominium development — Whether proposed development conflicted with plans — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, ss. 599, 609.

Municipal law — Zoning — Amendment — Procedure — Applicant for rezoning negotiating with municipality to purchase municipal lands and streets to be closed — Municipality approving sale to applicant before rezoning passed — Whether rezoning proper — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, s. 609(1).

Municipal law — Zoning by-laws — Validity — Rezoning application brought by intended purchaser of municipal land's without city's authorization — Whether rezoning by-law invalid for failure to comply with statute and procedure — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, s. 609(1).

R. v. Scott 979

Criminal law — Abuse of process — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid unfavourable ruling — Proceedings subsequently reinstated — Whether stay and recommencement of proceedings constituted abuse of process — Whether Crown's action violates s. 7 or s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid unfavourable ruling — Proceedings subsequently reinstated — Whether Crown's action violates s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid disclosing identity of police informer — Proceedings subsequently reinstated — Whether accused denied right to make full answer and defence — Whether Crown's action violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

Criminal law — Procedure — Witness appearing in courtroom after Crown's final submissions — Whether trial judge erred in refusing to hear evidence of witness where accused claiming to have been entrapped.

Criminal law — Defence — Entrapment — Manner in which entrapment claim should be dealt with by the courts.

Criminal law — Procedure — Witness failing to appear in court although served with subpoena — Whether trial judge erred in failing to issue material witness warrant.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Le règlement portant modification de zonage est-il invalide pour cause de non-respect de la loi et de la procédure? — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 609(1).

McClurg c. Canada 1020

Impôt sur le revenu — Dividendes — Attribution — Dividendes déclarés et répartis entre les actionnaires d'une catégorie d'actions en vertu du pouvoir discrétionnaire des administrateurs — Les autres catégories d'actions ne participaient pas au dividende — Une partie du dividende pouvait-elle légitimement être attribuée aux autres catégories d'actions? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

Droit des sociétés — Dividendes — Dividende discrétionnaire déclaré et réparti à la discrétion des administrateurs — Y a-t-il dérogation à la *common law* en ce qui concerne la nature des actions ou les obligations des administrateurs? — Cela était-il autorisé par la Business Corporations Act de la Saskatchewan? — Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 24(4), 40, 97, 234.

Morguard Investments Ltd. c. De Savoye 1077

Droit international privé — Procédure civile — Jugements et ordonnances — Reconnaissance et exécution des jugements d'une autre province — Obtention par les intimées de jugements d'un tribunal albertain contre un résident de la Colombie-Britannique visant la foreclosure et l'obtention du montant par lequel les créances hypothécaires dépassaient la valeur des biens-fonds — Les jugements obtenus en Alberta devraient-ils être exécutés par un tribunal de la Colombie-Britannique?

R. c. Scott 979

Droit criminel — Abus de procédure — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable — Reprise subséquente des procédures — L'arrêt et la reprise des procédures constituent-ils un abus de procédure? — L'action du ministère public viole-t-elle les art. 7 ou 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable — Reprise subséquente des procédures — L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter la divulgation de l'identité d'un indicateur de police — Reprise subséquente des procédures — A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière? — L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

Droit criminel — Procédure — Arrivée d'un témoin dans la salle d'audience après l'exposé final du ministère public — Le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Evidence — Privilege respecting police informers — Defence counsel seeking to question police officer as to identity of informer — Refusal by trial judge to permit disclosure of informer's identity — Whether accused denied right to make full answer and defence.

Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township) 1213

Municipal law — Municipal corporations — Public hearing on rezoning by-law — Bias or apprehended bias — Alderman favouring rezoning by-law stating publicly that he would attend public hearings but that he would not change his mind — Whether alderman's conduct raises a reasonable apprehension of bias — Whether alderman disqualified from voting on final reading of by-law — Validity of by-law — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 956.

United Transportation Union v. Central Western Railway Corp. 1112

Constitutional law — Division of powers — Federal work or undertaking — Labour relations — CN rail subdivision incorporated as intraprovincial railway — Railway continuing to transport grain and to deliver to CN and export network — Whether employees subject to federal or provincial labour legislation — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.

Labour law — Jurisdiction — CN rail subdivision incorporated as intraprovincial railway — Railway continuing to transport grain and to deliver to CN and export network — Whether employees subject to federal or provincial labour legislation.

SOMMAIRE (Fin)

juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'entendre la déposition du témoin alors que l'accusé prétendait avoir été piégé par la police?

Droit criminel — Défense — Provocation policière — Façon dont les tribunaux devraient traiter d'une allégation de provocation policière.

Droit criminel — Procédure — Non-comparution d'un témoin malgré la signification d'une assignation — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel?

Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Tentative de l'avocat de la défense d'interroger un agent de police quant à l'identité d'un indicateur — Refus du juge du procès d'autoriser la divulgation de l'identité de l'indicateur — A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière?

Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton) 1213

Droit municipal — Municipalités — Audience publique relative à un règlement modifiant le zonage — Partialité ou crainte de partialité — Un conseiller qui appuyait le règlement modifiant le zonage a déclaré publiquement qu'il serait présent aux audiences publiques mais qu'il ne changerait pas d'avis — La conduite du conseiller soulève-t-elle une crainte raisonnable de partialité? — Le conseiller était-il inhabile à voter lors de la lecture finale du règlement? — Validité du règlement — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 956.

Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp. 1112

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Ouvrage ou entreprise de compétence fédérale — Relations du travail — Subdivision ferroviaire de CN constituée en chemin de fer intraprovincial — Ce chemin de fer continue à transporter du grain et à le livrer au CN et au réseau d'exportation — Les employés sont-ils assujettis à la législation fédérale en matière de relations du travail ou à la législation provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.

Droit du travail — Compétence — Subdivision ferroviaire de CN constituée en chemin de fer intraprovincial — Ce chemin de fer continue à transporter du grain et à le livrer au CN et au réseau d'exportation — Les employés sont-ils assujettis à la législation fédérale en matière de relations du travail ou à la législation provinciale?

Winston Livingstone Scott *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: R. v. SCOTT

File No.: 21400.

1990: June 18; 1990: December 13.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Abuse of process — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid unfavourable ruling — Proceedings subsequently reinstated — Whether stay and recommencement of proceedings constituted abuse of process — Whether Crown's action violates s. 7 or s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid unfavourable ruling — Proceedings subsequently reinstated — Whether Crown's action violates s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Stay and recommencement of proceedings — Stay sought by Crown to avoid disclosing identity of police informer — Proceedings subsequently reinstated — Whether accused denied right to make full answer and defence — Whether Crown's action violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

Criminal law — Procedure — Witness appearing in courtroom after Crown's final submissions — Whether

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

Winston Livingstone Scott *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. SCOTT

b

N° du greffe: 21400.

1990: 18 juin; 1990: 13 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

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

d

Droit criminel — Abus de procédure — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable — Reprise subséquente des procédures — L'arrêt et la reprise des procédures constituent-ils un abus de procédure? — L'action du ministère public viole-t-elle les art. 7 ou 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

e

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable — Reprise subséquente des procédures — L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

f

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Arrêt et reprise de procédures — Arrêt demandé par le ministère public pour éviter la divulgation de l'identité d'un indicateur de police — Reprise subséquente des procédures — A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière? — L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

g

Droit criminel — Procédure — Arrivée d'un témoin dans la salle d'audience après l'exposé final du ministère public — Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'entendre la déposition du témoin

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

trial judge erred in refusing to hear evidence of witness where accused claiming to have been entrapped.

Criminal law — Defence — Entrapment — Manner in which entrapment claim should be dealt with by the courts.

Criminal law — Procedure — Witness failing to appear in court although served with subpoena — Whether trial judge erred in failing to issue material witness warrant.

Evidence — Privilege respecting police informers — Defence counsel seeking to question police officer as to identity of informer — Refusal by trial judge to permit disclosure of informer's identity — Whether accused denied right to make full answer and defence.

Defence counsel in the course of cross-examination posed a question which would have led to disclosure of the identity of a police informer. Crown counsel objected to the question as being irrelevant and exercised her discretion to stay the proceedings under s. 508(1) of the *Criminal Code*. The proceedings were then re-instituted under s. 508(2). The defence was unsuccessful in its application to stay the proceedings for abuse of process at this stage and at the commencement of the new trial. During the course of the new trial, defence counsel again tried to put a line of questions which would ultimately identify the informer, arguing that it was relevant to the issue of entrapment. The trial judge held the disclosure of the informer's identity unnecessary because there had been no evidence of entrapment to this point. After the Crown had completed its case, defence counsel advised that he would not be calling evidence and then, at the suggestion of the trial judge, sought and was granted an adjournment in order to have a witness located and served with a subpoena. The witness failed to appear at the resumption of the trial and the appellant's request that a material witness warrant be issued pursuant to s. 626 of the *Code* was denied. Following this ruling, and after counsel for the Crown and a co-accused had completed their submissions, the witness appeared in the courtroom. The trial judge refused the appellant's request to re-open the case to allow the witness to testify because his evidence would still be immaterial absent other evidence of entrapment. The appellant was convicted on four counts of trafficking in a narcotic and one count of possession for the purpose of trafficking. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed.

alors que l'accusé prétendait avoir été piégé par la police?

Droit criminel — Défense — Provocation policière — Façon dont les tribunaux devraient traiter d'une alléga-
a tion de provocation policière.

Droit criminel — Procédure — Non-comparution d'un témoin malgré la signification d'une assignation — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit
b d'un témoin essentiel?

Preuve — Privilège relatif aux indicateurs de police — Tentative de l'avocat de la défense d'interroger un agent de police quant à l'identité d'un indicateur — Refus du juge du procès d'autoriser la divulgation de
c l'identité de l'indicateur — A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière?

Au cours du contre-interrogatoire, l'avocat de la défense a posé une question qui aurait amené la divulgation de l'identité d'un indicateur de police. Le substitut du procureur général s'est opposé à la question pour le motif qu'elle n'était pas pertinente et a exercé le pouvoir discrétionnaire d'arrêter les procédures, que lui reconnaît le par. 508(1) du *Code criminel*. Les procédures ont par la suite été reprises en vertu du par. 508(2). La demande de suspension d'instance pour abus de procédures présentée par la défense à ce stade et au début du nouveau procès a été rejetée. Au cours du nouveau procès, l'avocat de la défense a essayé de reprendre le même interrogatoire qui aurait identifié en définitive
d l'indicateur, alléguant sa pertinence quant à la question de la provocation policière. Le juge du procès a statué que la divulgation de l'identité de l'indicateur n'était pas nécessaire parce qu'il n'y avait à ce stade-là aucune preuve de provocation policière. Après que le ministère public eut complété sa preuve, l'avocat de la défense a indiqué qu'il n'allait pas appeler de témoin, puis, à la suggestion du juge du procès, il a demandé et obtenu un ajournement pour lui permettre de retrouver et d'assigner le témoin. Ce dernier n'a pas comparu à la reprise
e du procès et on a rejeté la demande de l'appelant visant à obtenir un mandat d'amener un témoin essentiel en application de l'art. 626 du *Code*. Après cette décision et après l'exposé final du substitut du procureur général et de l'avocat d'un coaccusé, le témoin est entré dans la
f salle d'audience. Malgré la demande de l'appelant, le juge du procès a refusé de rouvrir les débats pour permettre au témoin de déposer, parce que son témoignage ne serait toujours pas pertinent puisque aucune preuve de provocation policière n'avait encore été produite. L'appelant a été déclaré coupable à l'égard de quatre chefs de trafic de stupéfiants et d'un chef de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Son
g
h
i
j appel à la Cour d'appel de l'Ontario a été rejeté.

The issues raised in this appeal are: (1) whether the stay sought at the first trial followed by the commencement of fresh proceedings by the Crown constituted an abuse of process; and (2) whether the appellant was precluded from making full answer and defence to the charges.

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

Per Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.: The Crown acted properly in staying the proceedings to protect the identity of the informer and in moving at the first reasonable opportunity to renew the proceedings. It could not be said that the appellant was prejudiced in any way by delay in his trial as he was at all times in custody on another matter. Neither the stay nor the re-institution of the proceedings constituted an abuse of process or an infringement of any *Charter* rights.

The trial judge made no error in refusing to permit cross-examination that would have revealed the identity of the police informer. None of the exceptions to the rule against disclosure applies to the case at bar. The alleged informer could not have been a material witness to any of the incidents comprising the counts of the indictment. There was no evidence upon which an argument could be made that the informer acted as an *agent provocateur*. Nor was any attack made on the validity of the search warrant that might have required a disclosure of the informer's identity.

In refusing to issue the material witness warrant requested by defence counsel, the trial judge exercised her discretion in accordance with the appropriate principles of law and made no error in this ruling that could justify overturning her discretion. She was not satisfied that the prerequisite conditions to the issuance of the warrant had been fulfilled or that the evidence of the witness would be material.

It was not unreasonable for the trial judge to exercise her discretion and refuse to permit the witness to be called when he appeared in the courtroom following the final submissions of counsel for the Crown and for the co-accused. No explanation was offered as to the way in which the evidence of the witness would be relevant. The trial judge had an obligation to ensure that the trial proceeded in a reasonably expeditious and orderly manner. She had to take into account, not simply the effect of delay and inconvenience, but the possibility of prejudice to the co-accused. Furthermore, the evidence adduced made it apparent that the appellant could not

Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont de savoir (1) si l'arrêt des procédures à l'initiative du ministère public au premier procès, suivi de leur reprise constituent un abus de procédure; et (2) si l'appelant a été empêché d'opposer aux accusations une défense pleine et entière.

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

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory: Le substitut du procureur général a agi à bon droit en arrêtant les procédures pour protéger l'identité de l'indicateur et en demandant, dès qu'elle en a eu raisonnablement la possibilité, la reprise des procédures. On ne peut pas dire que l'appelant a souffert des délais, car il était en détention tout ce temps-là relativement à une autre affaire. Ni l'arrêt ni la reprise des procédures ne constituent un abus de procédure ou une violation d'un droit garanti par la *Charte*.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire qui aurait divulgué l'identité de l'indicateur de police. Aucune des exceptions à la règle contre la divulgation ne s'applique en l'espèce. L'indicateur en cause ne pouvait avoir été témoin des incidents visés dans les chefs d'accusation. La preuve en l'espèce ne permettait d'avancer aucun argument selon lequel l'indicateur aurait agi à titre d'agent provocateur. On n'a aucunement contesté la validité du mandat de perquisition qui aurait pu nécessiter la divulgation de l'identité de l'indicateur.

En refusant de décerner un mandat d'amener à l'en-droit d'un témoin essentiel, le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les principes de droit applicables et, en rendant cette décision, elle n'a pas commis d'erreur qui puisse autoriser l'annulation de sa décision. Elle n'était pas convaincue que les conditions requises avaient été remplies ou que la déposition du témoin aurait été essentielle.

Il n'était pas déraisonnable que le juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuse de permettre que le témoin soit appelé à déposer lorsqu'il s'est présenté dans la salle d'audience après l'exposé final du substitut du procureur général et de l'avocat du coaccusé. On n'a pas expliqué en quoi la déposition du témoin serait pertinente. Le juge du procès avait l'obligation de s'assurer que le procès se déroule de manière raisonnablement expéditive et ordonnée. Elle devait tenir compte non seulement des effets du retard et des inconvénients, mais encore de la possibilité de préjudice pour le coaccusé. En outre, la preuve produite démontre

have met the burden of showing on the balance of probabilities that entrapment occurred.

Per Lamer C.J. and La Forest and McLachlin JJ. (dissenting): The conduct of the Crown in staying the proceedings to avoid an adverse judicial ruling and then recommencing them constituted an abuse of process. The use of the power to stay, combined with re-institution of proceedings as a means of avoiding an unfavourable ruling, gives the Crown an advantage not available to the accused. The normal and proper operation of the judicial system contemplates that judicial errors be corrected through the appeal process. The fact that the Crown acted in good faith is insufficient to justify an abuse of process.

The public has an interest in prosecuting crimes as well as in protecting the identity of informers. Both interests could have been met had the Crown adopted the alternative of calling no further evidence and appealing the resulting acquittal. In the circumstances, it cannot be said that the public interest justified or offset the affront to justice and fairness involved in the course the Crown chose to follow. As the case for abuse of process had been established, it was unnecessary to consider whether a breach of s. 11(b) of the *Charter* had occurred.

The trial judge erred in refusing to hear the witness on the issue of entrapment. The issue of entrapment is to be determined separately from the issue of guilt or innocence and the only question is whether the entrapment constitutes an abuse of process requiring that the proceedings be stayed or set aside. Implicit in the notion of entrapment is the concession of having committed at least the *actus reus* of the offence and fairness suggests that the accused should not be obliged to call evidence on this question until after the principal issue of guilt or innocence has been determined. It was far from clear that the witness's evidence would have been irrelevant and the appellant was entitled to call evidence relevant to entrapment after the verdict on his guilt.

The Crown's abuse of process could not be rectified by a new trial and a stay of proceedings should be entered.

Per Sopinka J. (dissenting): The reasons of Cory J. concerning s. 508 of the *Criminal Code* and the cross-examination of the police officer were agreed with. The trial judge properly exercised her discretion in refusing

à l'évidence que l'accusé n'aurait pas pu s'acquitter de la charge de prouver la provocation policière par prépondérance des probabilités.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et McLachlin (dissidents): L'action du ministère public d'arrêter les procédures pour contourner une décision défavorable et de les reprendre plus tard constitue un abus de procédure. Utiliser le pouvoir d'arrêter les procédures et les reprendre plus tard comme moyen de se soustraire à une décision défavorable donne à la poursuite un avantage dont l'accusé ne peut se prévaloir. Le fonctionnement normal et ordinaire du système judiciaire veut que les erreurs judiciaires soient corrigées par le processus d'appel. Le fait que le ministère public a agi de bonne foi ne suffit pas à justifier un abus de procédure.

La société a un intérêt à traduire les criminels en justice et à protéger l'identité des indicateurs. Ces deux intérêts auraient pu être protégés si on avait choisi d'arrêter la présentation de la preuve et d'interjeter appel de l'acquiescement qui serait intervenu. Dans ces circonstances, on ne peut soutenir que l'intérêt de la société justifie ou compense l'atteinte à la justice et à l'équité que comportait l'action du ministère public. Comme on a démontré l'abus de procédure, il est inutile d'examiner s'il y a eu violation de l'al. 11b) de la *Charte*.

Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'entendre le témoin au sujet de la provocation policière. La question de la provocation policière doit être tranchée indépendamment de celle de la culpabilité ou de l'innocence. La seule question à trancher est de savoir si la provocation policière constitue un abus de procédure qui exige que les procédures soient arrêtées ou infirmées. La notion de provocation policière comporte implicitement l'aveu d'avoir accompli l'*actus reus* de l'infraction et l'équité suppose que l'accusé ne devrait pas être obligé de soumettre des éléments de preuve sur ce sujet avant que la question principale de sa culpabilité ou de son innocence ait été tranchée. Il est loin d'être certain que la déposition du témoin n'aurait pas été pertinente et l'appelant avait le droit de présenter des éléments de preuve au sujet de la provocation policière après sa déclaration de culpabilité.

Un nouveau procès ne corrigerait pas l'abus de procédure commis par le ministère public et il faut ordonner une suspension d'instance.

Le juge Sopinka (dissident): Les motifs du juge Cory reçoivent l'accord du juge Sopinka en ce qui concerne l'art. 508 du *Code criminel* et le contre-interrogatoire de l'agent de police. Le juge du procès a bien exercé son

to issue a material witness warrant. The conclusion of McLachlin J. with respect to the propriety of the trial judge's refusal to reopen the case was agreed with. Although the trial judge erred in refusing to reopen the case, there was no need for a new trial. The substantive verdict of guilty did not need to be disturbed since the evidence relevant to entrapment is not relevant to culpability. In order to rectify the error and restore the appellant's opportunity to make full answer and defence, it was only necessary to vacate the formal conviction and remit the matter to the trial judge for an evidentiary hearing on the issue of entrapment.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6; *Darville v. The Queen* (1956), 25 C.R. 1; *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Conway, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097; *R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494; *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273; *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; *R. v. Banas and Havercamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

By Sopinka J. (dissenting)

R. v. Mack, [1988] 2 S.C.R. 903.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), (d), 24(2).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2 "Attorney General", 508 [am. 1972, c. 13, s. 43; 1985, c. 19, s. 117], 626.

Authors Cited

Bewers, M. S. "Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity" (1979), 40 *La. L. Rev.* 146.

pouvoir discrétionnaire en refusant de décerner un mandat à l'endroit d'un témoin essentiel. Le juge Sopinka est d'accord avec la conclusion du juge McLachlin sur le bien-fondé du refus du juge du procès de rouvrir l'affaire. Nonobstant l'erreur du juge du procès quand elle a refusé de rouvrir l'affaire, la tenue d'un nouveau procès n'est pas nécessaire. Il n'est pas nécessaire de modifier le verdict de culpabilité puisque la preuve relative à la provocation policière n'est pas pertinente. Pour corriger l'erreur et redonner à l'appelant la possibilité de présenter une défense pleine et entière, il suffit d'écarter la déclaration de culpabilité et de renvoyer l'affaire au juge du procès pour que la preuve relative à la question de la provocation policière soit entendue.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14; *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957); *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299; *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6; *Darville v. The Queen* (1956), 25 C.R. 1; *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Conway, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097; *R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494; *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273; *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303; *R. v. Banas and Havercamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

R. c. Mack, [1988] 2 R.C.S. 903.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11(b), (d), 24(2).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 2 «procureur général», 508 [mod. 1972, ch. 13, art. 43; (1985), ch. 19, art. 117], 626.

Doctrine citée

Bewers, M. S. «Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity» (1979), 40 *La. L. Rev.* 146.

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

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

Williams, Paul W. "The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution" (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, Nos. 200/88 and 220/88, February 2, 1989, dismissing the appellant's appeal from his conviction of trafficking in a narcotic and possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Appeal dismissed, Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

Bruce R. Shilton, for the appellant.

R. W. Hubbard, for the respondent.

W. J. Blacklock, for the intervener.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—Two issues are raised by the appellant. First, it is said that the stay sought at the first trial followed by the commencement of fresh proceedings by the Crown constitute an abuse of process.

The second, and somewhat more difficult issue, is whether the accused Scott was precluded from making full answer and defence to the charges of trafficking in cocaine. The appellant's argument is based upon three rulings of the trial judge. The first prohibited the accused from cross-examining a police officer as to the identity of the informer involved in the case. Next, the trial judge refused to issue a material arrest warrant for a witness. Finally, the judge refused to re-open the trial to allow a witness to testify at a time when the evidence appeared to have been completed and counsel for the Crown and the co-accused had completed their final submissions.

Factual Background

Scott and his half-brother Donald Mitchell were charged on several counts relating to the posses-

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

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

^a Williams, Paul W. «The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution» (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399.

^b POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, Nos 200/88 et 220/88, 2 février 1989, qui a rejeté l'appel de l'appelant contre sa déclaration de culpabilité de trafic d'un stupéfiant et de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les ^c juges La Forest, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

Bruce R. Shilton, pour l'appelant.

^d *R. W. Hubbard*, pour l'intimée.

W. J. Blacklock, pour l'intervenant.

^e Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory rendu par

^f LE JUGE CORY—L'appelant soulève deux questions. Premièrement, il affirme que l'arrêt des procédures à l'initiative du ministère public lors du premier procès, ainsi que leur reprise, constituent un abus de procédure.

^g La seconde question pose un peu plus de difficulté. Il s'agit de décider si l'accusé Scott a été empêché de présenter une défense pleine et entière à l'égard d'inculpations de trafic de cocaïne. L'argument de l'appelant repose sur trois décisions du juge du procès. Par la première, le juge a interdit à l'accusé de contre-interroger un policier au sujet ^h de l'identité de l'indicateur en cause dans l'affaire. Puis, elle a refusé de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel. Enfin, le juge a refusé de rouvrir les débats pour permettre à un témoin de déposer, au moment où les dépositions semblaient avoir pris fin et où le substitut du procureur général et le coaccusé avaient terminé leur exposé final.

Historique des faits

^j Scott et son demi-frère Donald Mitchell ont été inculpés de plusieurs infractions de possession de

sion of cocaine for the purposes of trafficking. Scott was charged alone on three counts, Mitchell individually on one count, and the two were jointly charged on three counts.

On December 20, 1985, Ronald Wretham, a police constable working undercover, acting on information received from an informer, initiated talks with Scott. Over the next five months, Scott made a number of sales of cocaine to Wretham, sought loans from the officer in order to purchase substantial amounts of cocaine and promised to supply the officer with a large quantity of the drug. During this period there were numerous meetings and conversations and various amounts of cocaine were delivered in exchange for funds paid by Wretham.

The circumstances of the requested loans are of some significance. On January 24, 1986, the undercover officer met with Scott at Mitchell's residence. During this meeting Scott suggested a "business proposition" to the officer. Scott stated that he was prepared to "front" fairly large quantities of cocaine—one or two ounces at a time—to Wretham on credit. Wretham would pay him back later when he in turn had sold the cocaine. Wretham declined the offer, explaining that through his business he always had short-term access to funds that could be used to purchase cocaine. On hearing that, Scott told the officer that he could supply him with larger quantities of cocaine and that the unit price would be cheaper as the quantities purchased increased. He advised the officer that he would soon receive a kilo of cocaine. Wretham confirmed that he would be interested in purchasing a part, perhaps a pound, of that amount.

Discussions as to the arrangements for purchasing a portion of the kilo of cocaine continued. At Scott's request, Wretham met him on February 22. At that time Scott told the officer that he would have to get a lesser amount of cocaine from a different source. He explained that he would need to pay for the drug before he could supply it to Wretham. He asked the officer to loan him two to three thousand dollars for a few days. He offered his car, a BMW, as collateral. He suggested that in addition to supplying one pound of

cocaïne en vue d'en faire le trafic. Scott a été inculpé seul de trois infractions, Mitchell, inculpé seul d'une infraction, et tous deux se sont vu imputer conjointement trois infractions.

^a Le 20 décembre 1985, sur la foi de renseignements d'un indicateur, Ronald Wretham, agent d'infiltration a pris contact avec Scott. Au cours des cinq mois suivants, Scott a vendu de la cocaïne à Wretham à plusieurs reprises, a demandé au policier de lui avancer des fonds pour acheter d'importantes quantités de cocaïne et lui a promis de lui fournir une grande quantité de ce stupéfiant. Pendant cette période, de nombreuses rencontres et conversations ont eu lieu et diverses quantités de cocaïne ont été livrées à Wretham moyennant paiement.

Les circonstances dans lesquelles les demandes de prêts ont été faites revêtent une certaine importance. Le 24 janvier 1986, l'agent d'infiltration a rencontré Scott chez Mitchell. Durant cette rencontre, Scott lui a proposé une «affaire». Scott a affirmé être disposé à lui avancer à crédit d'assez fortes quantités de cocaïne—une ou deux onces à la fois. Wretham le rembourserait plus tard, après avoir revendu les stupéfiants. Wretham a refusé l'offre, en expliquant que, grâce à son entreprise, il disposait toujours de fonds à court terme pour acheter de la cocaïne. Entendant cela, Scott a dit au policier qu'il pourrait lui fournir des quantités de cocaïne plus importantes; plus la quantité serait importante, plus le prix à l'unité serait bas. Il a informé le policier qu'il allait bientôt recevoir un kilo de cocaïne. Wretham a confirmé être intéressé à en acheter une partie, peut-être une livre.

^h Les discussions visant l'achat de cocaïne se sont poursuivies. À la demande de Scott, Wretham l'a rencontré le 22 février. Scott lui a alors dit que, pour obtenir une quantité moins grande de cocaïne, il devait changer de source. Il lui a expliqué qu'il devrait payer le stupéfiant avant de le lui livrer. Il a demandé au policier de lui prêter deux à trois mille dollars pendant quelques jours. Il a offert sa voiture, une BMW, en garantie. Il lui a proposé de lui donner une once et demie de cocaïne gratuitement à titre d'intérêt sur le prêt, en plus de

ninety per cent pure cocaine at an agreed-upon price, he would give Wretham one and a half ounces of cocaine free as interest on the loan. Wretham took some time to think about the offer and eventually agreed to make the loan on terms that were substantially similar to those suggested by Scott. Although the loan was never made, Scott agreed to supply Wretham with a pound of cocaine.

As time passed, Wretham concluded that Scott had the cocaine in his possession but was stalling on his promise to deliver it. At their last meeting, a disagreement arose as to how the deal was to be completed. Wretham sensed their relationship was deteriorating. He called in his supporting officers and arrested Scott. A warrant to search Scott's apartment was obtained based in part on information supplied by the same informer who had initially told the police that Scott was selling drugs.

The search of Scott's premises resulted in the seizure of a quantity of cocaine and paraphernalia used in the processing and packaging of the drug. It must be noted that the validity of the search warrant itself has never been attacked. Rather, the appellant has challenged the refusal of the trial judge to permit cross-examination that would identify the informer who had supplied the information both as to Scott's drug-related activities and for the search warrant.

The Initial Trial and the Stay of Proceedings

The procedural history of this case is important and must be set out in some detail. Scott elected to be tried by judge alone. On the second day of the trial, during the cross-examination of the investigating officer, the presiding judge permitted defence counsel to ask the officer why a person by the name of Winston Ross had been arrested on the same day as the appellant. When this question was put to the officer, Crown counsel objected strenuously on the grounds that it was irrelevant and would inevitably lead to the identification of the police informer. She argued that if Ross had material information to give to the court he could

lui fournir, à un prix convenu, une livre de cocaïne pure à quatre-vingt-dix pour cent. Wretham a pris le temps de réfléchir à cette offre, puis a fini par consentir le prêt à Scott à des conditions semblables, pour l'essentiel, à celles que ce dernier lui avait proposées. Bien que le montant du prêt n'ait jamais été versé, Scott a accepté de fournir à Wretham une livre de cocaïne.

Avec le temps, Wretham a fini par se rendre compte que Scott avait la cocaïne en sa possession, mais hésitait à la lui livrer. À leur dernière rencontre, il y a eu désaccord sur les modalités du transfert. Wretham a eu l'impression que leurs rapports se détérioraient. Il a appelé les agents qui le secondaient et a arrêté Scott. On a obtenu un mandat de perquisition pour fouiller l'appartement de Scott. Certains des renseignements allégués pour obtenir le mandat avaient été fournis par le même indicateur qui avait tout d'abord averti la police que Scott vendait de la drogue.

Par suite de la fouille de l'appartement de Scott, on a saisi de la cocaïne et divers objets servant à la transformation et à l'emballage de la drogue. Il faut signaler que la validité du mandat de perquisition lui-même n'a jamais été attaquée. L'appelant a plutôt contesté le refus du juge du procès de permettre un contre-interrogatoire susceptible de mener à l'identification de l'indicateur qui avait fourni des renseignements à la fois sur les activités de trafiquant de Scott et à l'appui de la demande de mandat de perquisition.

Le premier procès et l'arrêt des procédures

Dans cette affaire, le déroulement des procédures est important et mérite qu'on l'expose de façon détaillée. Scott a choisi d'être jugé par un juge seul. Le deuxième jour du procès, pendant le contre-interrogatoire de l'agent de police chargé de l'enquête, le juge a permis à l'avocat de la défense de lui demander pourquoi une personne nommée Winston Ross avait été arrêtée le même jour que l'appelant. Quand cette question a été posée au policier, le substitut du procureur général s'y est opposé vigoureusement en alléguant qu'elle n'était pas pertinente et qu'elle permettrait inévitablement d'établir l'identité de l'indicateur. Elle a

be subpoenaed and called as a witness. In response to the submission the trial judge stated:

I have some difficulty with the relevancy of the question. Of course, cross-examination can be for numerous purposes, and I am not sure what the purpose of the question is but I think counsel should go on and maybe sometime we will know what the relevancy of the question is.

Crown counsel conscientiously attempted to draw the attention of the judge to the decision of this Court in *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60. She strongly urged that the import of the decision was binding and applicable to the ruling she sought. The trial judge made it crystal clear that he did not wish to hear her submissions on this point. As a consequence, Crown counsel exercised her discretion under s. 508(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, to stay the proceedings. She explained that "the questioning [His] Honour has permitted would be one that would reveal whether or not a particular person was an informant".

The Recommencement of Proceedings

Shortly thereafter, pursuant to s. 508(2) of the *Code*, the Crown notified the clerk of the District Court that the proceedings against the appellant Scott were being re-instituted. When the indictment was presented before Locke Dist. Ct. J., defence counsel moved to have the proceedings stayed. The appellant argued that the decision of the Crown to stay and then to recommence proceedings amounted to an abuse of process. It was said that the Crown's motive for invoking ss. 508(1) and (2) was "oblique" because Crown counsel was simply using the power granted by the section to circumvent an evidentiary ruling with which she disagreed.

Locke Dist. Ct. J. refused the appellant's application to stay the proceedings. He found that the question which provoked the Crown counsel's objection "was clearly capable of eliciting an answer disclosing the identity of any police infor-

soutenu que si Ross détenait des informations pertinentes, il pouvait être assigné. Le juge du procès a répondu ceci à cet argument:

[TRADUCTION] La pertinence de la question fait problème, à mon sens. Naturellement, le contre-interrogatoire peut viser de nombreux objectifs, et je ne suis pas certain du but de la question, mais je pense que l'avocat devrait la poser et nous saurons peut-être plus tard si elle est pertinente.

^b Le substitut du procureur général a tenté consciencieusement de rappeler au juge l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, de notre Cour. Elle a fait valoir énergiquement que cet arrêt devait obligatoirement être suivi et qu'il s'appliquait à la décision qu'elle-même recherchait. Le juge du procès a fait connaître de façon non équivoque sa volonté de ne pas entendre son argumentation sur ce point. Par conséquent, le substitut du procureur général a exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde le par. 508(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et a arrêté les procédures. Elle a expliqué que [TRADUCTION] «l'interrogatoire que [M.] le juge a autorisé serait de nature à révéler si une personne en particulier était ou non un indicateur».

La reprise des procédures

^j Peu après, le ministère public, conformément au par. 508(2) du *Code*, a avisé le greffier de la Cour de district de la reprise des procédures engagées contre l'appelant Scott. Lorsque l'acte d'accusation a été déposé devant le juge Locke de la Cour de district, l'avocat de la défense a demandé une suspension d'instance. L'appelant a soutenu que la décision du ministère public d'arrêter les procédures, puis de les reprendre, constituait un abus de procédure. Il a affirmé que le ministère public avait employé un moyen «détourné» en invoquant les par. 508(1) et (2) parce que le substitut du procureur général avait eu recours au pouvoir accordé par ces dispositions pour éluder l'effet d'une décision sur la preuve avec laquelle elle était en désaccord.

Le juge Locke a rejeté la demande de suspension présentée par l'appelant. Il a estimé que la question qui avait provoqué l'objection du substitut du procureur général [TRADUCTION] «était nettement de nature à produire une réponse dévoilant l'iden-

mant who may have existed” and that “the identity of an informant, in this case, would be an unnecessary ingredient to establish the innocence of the accused”, particularly since the case involved the alleged sale of narcotics to an undercover police officer. He pointed out that despite being given the opportunity to do so, defence counsel failed to establish an evidentiary basis during the cross-examination of the police officer to show any relevance for ascertaining the identity of the informer. Further, he indicated that the Crown’s objection had not been given the consideration it merited.

Relying on a decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, Locke Dist. Ct. J. expressed the opinion that the trial judge should have taken greater care to determine whether the identification of the informer was necessary. He found, as well, that there was nothing oblique or improper in Crown counsel’s invocation of s. 508 of the *Code* to protect the identity of the informer. He therefore dismissed the application.

The New Trial

At the commencement of the new trial, defence counsel renewed the motion for a stay of proceedings and requested, in the alternative, that the matter be sent back to the original trial judge. German Dist. Ct. J., presiding at the new trial, dismissed both applications. In doing so, she expressly agreed with the ruling made by Locke Dist. Ct. J.

Later in the proceedings, defence counsel attempted to undertake the same line of questioning as to the identity of the informer that had caused the Crown to stay the proceedings at the first trial. Once again the Crown objected. Defence counsel argued that the identity of the informer was relevant to the defence of entrapment he intended to raise on Scott’s behalf.

The trial judge rejected the argument. She held that the disclosure of the name of the police informer was unnecessary because up to this point there was no evidence of entrapment. Certainly no such evidence had been elicited in the cross-exami-

tité d’un indicateur le cas échéant» et que «la preuve de l’identité de l’indicateur, en l’espèce, n’était pas nécessaire pour établir l’innocence de l’accusé», surtout que l’affaire concernait la vente alléguée de stupéfiants à un agent d’infiltration. Il a souligné que l’avocat de la défense, en contre-interrogeant le policier, n’avait pas réussi à faire ressortir quelque élément de preuve à l’appui de la pertinence de questions visant à établir l’identité de l’indicateur. Pourtant, il avait eu tout le loisir de le faire. Par surcroît, il a déclaré que l’objection du ministère public n’avait pas reçu l’attention qu’elle méritait.

S’appuyant sur un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario, *R. v. Hunter* (1987), 34 C.C.C. (3d) 14, le juge Locke a déclaré qu’à son avis, le juge du procès aurait dû étudier avec plus d’attention la question de savoir s’il était nécessaire d’identifier l’indicateur. Il a en outre conclu qu’en invoquant l’art. 508 du *Code*, le substitut du procureur général n’avait pas employé de moyen détourné ou irrégulier pour protéger l’identité de l’indicateur. Il a donc rejeté la demande.

Le nouveau procès

Au début du nouveau procès, l’avocat de la défense a présenté de nouveau la requête d’arrêt des procédures et demandé, subsidiairement, que la question soit renvoyée au juge du premier procès. Le juge German de la Cour de district, qui présidait le nouveau procès, a rejeté les deux demandes. Dans sa décision, elle a approuvé expressément la décision du juge Locke.

Plus tard, au cours des débats, l’avocat de la défense a essayé de reprendre le même interrogatoire, au sujet de l’identité de l’indicateur, qui avait poussé le ministère public à arrêter le premier procès. Le ministère public a renouvelé son objection. L’avocat de la défense a soutenu que l’identité de l’indicateur était pertinente à la défense de provocation policière qu’il voulait présenter au nom de Scott.

Le juge du procès a repoussé cet argument. Elle a décidé que la divulgation du nom de l’indicateur n’était pas nécessaire parce que, jusqu’alors, il n’y avait eu aucune preuve de provocation policière. Le contre-interrogatoire du policier n’avait certai-

nation of the police officer. However, she advised that she was quite prepared to allow the defence to call Winston Ross as a witness or to adduce any other evidence that might lay the foundation for the defence of entrapment. Indeed, she repeated her position on this issue later during the proceedings.

When the Crown had completed its case, counsel for Scott initially indicated that he was not going to call any evidence. The trial judge gave him time to reconsider his decision. When the trial resumed, Scott's counsel indicated that he wished to have Winston Ross take the stand. He requested an adjournment for one month so that Ross could be located and served with a subpoena. In spite of objections from Scott's co-accused, the adjournment was granted.

One month later, when the trial resumed, Ross was absent. The appellant requested that a material witness warrant be issued for Ross pursuant to the provisions of s. 626 of the *Criminal Code*. The trial judge denied the request. She put forward two grounds for her decision. First, she was not satisfied that the affidavit of service was adequate. Further, she expressed the view that there had still been no basis put forward by the defence to indicate that Scott had been entrapped. She found therefore that any potential evidence Ross could give would be immaterial.

Following this ruling, counsel began their final arguments. When counsel for the Crown and the co-accused Mitchell had completed their submissions, the witness Ross appeared in the courtroom. But the trial judge refused to re-open the case to allow Ross to testify. She expressed the view once again that any evidence Ross might tender remained immaterial since there was still no other evidence of entrapment. At the conclusion of all submissions, Scott was convicted on four counts of trafficking in a narcotic and one count of possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

nement pas fourni de preuve de cette nature. Toutefois, elle a déclaré qu'elle était tout à fait disposée à permettre à la défense d'assigner Winston Ross ou de présenter toute autre preuve susceptible d'étayer la défense de provocation policière. Elle a en effet réitéré son point de vue là-dessus, plus tard, au cours des débats.

Quand le ministère public a déclaré sa preuve close, l'avocat de Scott a tout d'abord indiqué qu'il n'allait pas présenter de preuve. Le juge du procès lui a accordé un délai pour réexaminer sa décision. À la reprise des débats, l'avocat de Scott a dit qu'il voulait faire témoigner Winston Ross. Il a demandé que le procès soit ajourné pour un mois afin que Ross puisse être retrouvé et assigné. Malgré les objections du coaccusé de Scott, l'ajournement a été accordé.

Un mois plus tard, à la reprise du procès, Ross était absent. L'appelant a demandé que soit décerné un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel, c'est-à-dire Ross, conformément aux dispositions de l'art. 626 du *Code criminel*. Le juge du procès a rejeté la demande. Elle a fondé sa décision sur deux motifs. Premièrement, elle n'était pas convaincue que l'affidavit de signification était suffisant. Au surplus, elle a déclaré que la défense n'avait toujours pas présenté d'élément de preuve pour étayer la thèse selon laquelle Scott avait été victime de provocation policière. Elle a donc conclu que Ross ne pourrait fournir aucun témoignage pertinent.

À la suite de cette décision, les avocats ont commencé leur exposé final. Quand le substitut du procureur général et l'avocat du coaccusé Mitchell eurent terminé leur exposé, le témoin Ross est entré dans la salle d'audience. Le juge du procès a cependant refusé de rouvrir les débats pour permettre à Ross de déposer. Elle a réitéré son opinion que le témoignage de Ross ne serait pas pertinent parce qu'il n'y avait toujours pas d'autre preuve de provocation policière. Après l'audition de toutes les plaidoiries, Scott a été déclaré coupable à l'égard de quatre chefs de trafic de stupéfiants et d'un chef de possession d'un stupéfiant en vue d'en faire le trafic.

The Court of Appeal

Scott's appeal was heard at the same time as *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123. The reasoning for the court's dismissal of the appeal is, in part, contained in the *Fortin* decision. The balance of the reasons is set out in the endorsement disposing of the case at bar. On the first issue of abuse of process, the court rejected the argument that s. 508 of the *Criminal Code* contravened s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and was, as a result, unconstitutional. The court expressed the view that the impugned section "is an adequate expression of the power which has always rested in the Attorney General and which is essential to the proper enforcement of criminal law". Moreover, it noted that safeguards for the protection of the individual against the improper use of this power had existed before the *Charter* and they were still valid. It was the view of the court that these rights had been enhanced by the passage of the *Charter*.

The court held that a Crown counsel possessed the power to direct a stay of proceedings since the statute conferred that power upon the "Attorney General or counsel instructed by him". It stated that s. 508 must be read together with the definition of "Attorney General" set out in s. 2 of the *Criminal Code* and considered in light of other sections of the *Code* that confer power on the Attorney General. Finally, the Court of Appeal in its endorsement stated that Crown counsel by staying the proceedings was not simply circumventing an unfavourable ruling, but was protecting an important public interest. It observed that while the use of the stay must always be subject to judicial review, "having regard to the public interests with which the Crown was concerned, there was compelling reason to stay the proceedings".

When it dealt with the claim of entrapment presented in *Fortin, supra*, the Court of Appeal entered a stay on the grounds that Fortin was induced to traffic in a situation where the police could at most only have reasonably suspected that he was a user. It followed in the view of the Court

La Cour d'appel

L'appel de Scott a été entendu en même temps que celui formé dans *R. v. Fortin* (1989), 33 O.A.C. 123. Les motifs du rejet de l'appel se trouvent, en partie, dans l'arrêt *Fortin*. Pour le reste, ils sont énoncés dans l'endorsement qui décide de l'affaire qui nous occupe. Quant à la première question, celle de l'abus de procédure, la cour rejette l'argument selon lequel l'art. 508 du *Code criminel* porterait atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et serait donc inconstitutionnel. De l'avis de la cour, la disposition attaquée [TRADUCTION] «est un exercice régulier du pouvoir dont a toujours été investi le procureur général et qui est essentiel à la bonne administration du droit pénal». Au surplus, elle fait observer que les garanties dont jouit l'individu contre l'exercice abusif de ce pouvoir existaient avant l'adoption de la *Charte* et qu'elles étaient toujours valables. De l'avis de la cour, ces droits ont été renforcés grâce à l'entrée en vigueur de la *Charte*.

La cour a décidé que le substitut du procureur général pouvait ordonner l'arrêt des procédures puisque la loi attribue ce pouvoir au «procureur général ou [au] procureur mandaté par lui». Elle a déclaré qu'il fallait interpréter l'art. 508 à la lumière de la définition donnée au terme «procureur général» à l'art. 2 du *Code criminel* et des autres dispositions du *Code* qui confèrent des pouvoirs au procureur général. Enfin, la Cour d'appel a déclaré dans son endorsement qu'en arrêtant les procédures, le ministère public n'avait pas simplement éludé une décision défavorable; il avait protégé un intérêt public important. Elle a fait observer que, bien que l'utilisation de l'arrêt des procédures doive toujours faire l'objet d'un contrôle judiciaire, [TRADUCTION] «une raison impérieuse commandait l'arrêt des procédures, eu égard aux considérations d'intérêt public dont le ministère public devait tenir compte».

Dans l'affaire *Fortin*, précitée, la Cour d'appel avait fait droit à l'allégation de provocation policière en prononçant l'arrêt des procédures parce que Fortin avait été induit à faire du trafic alors que les circonstances ne permettaient tout au plus aux policiers que de soupçonner raisonnablement

of Appeal that according to the principles set out in *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, the police went beyond providing Fortin with an opportunity to commit the offence. Rather, the police involved Fortin in procuring the commission of the very offence with which he was charged. As for Scott, the Court of Appeal simply noted that there was no basis on the facts for arguing that the trial judge had erred in refusing to stay proceedings on the grounds of entrapment.

Analysis

Stay and Recommencement of Proceedings

In staying the first trial, Crown counsel acted pursuant to the provisions of s. 508 (now s. 579) of the *Code*. That section reads as follows:

508. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for that purpose may, at any time after any proceedings in relation to an accused or a defendant are commenced and before judgment, direct the clerk or other proper officer of the court to make an entry on the record that the proceedings are stayed by his direction, and such entry shall be made forthwith thereafter, whereupon the proceedings shall be stayed accordingly and any recognizance relating to the proceedings is vacated.

(2) Proceedings stayed in accordance with subsection (1) may be recommenced, without laying a new information or preferring a new indictment, as the case may be, by the Attorney General or counsel instructed by him for that purpose giving notice of the recommencement to the clerk of the court in which the stay of proceedings was entered, but where no such notice is given within one year after the entry of the stay of proceedings, or before the expiration of the time within which the proceedings could have been commenced, whichever is the earlier, the proceedings shall be deemed never to have been commenced.

The validity of the provision itself is not at issue. Rather, the appellant challenges the manner in which the section was used by Crown counsel. It is the appellant's submission that the staying and recommencement of proceedings was undertaken solely to circumvent an unfavourable ruling made by the trial judge. To act in this way, it is argued, constitutes an abuse of process.

qu'il faisait usage de stupéfiants. La Cour d'appel était donc d'avis, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, que la police avait fait plus que fournir une occasion de perpétrer l'infraction. La police avait plutôt incité Fortin à commettre l'infraction dont il a été inculpé. Pour ce qui est de Scott, la Cour d'appel a simplement noté que les faits ne permettaient pas de conclure que le juge du procès avait commis une erreur en refusant l'arrêt des procédures pour cause de provocation policière.

Analyse

c Arrêt et reprise des procédures

Pour arrêter le premier procès, le substitut du procureur général s'est fondé sur les dispositions de l'art. 508 (maintenant l'art. 579) du *Code*. Voici le texte de cet article:

508. (1) Le procureur général ou le procureur mandaté par lui à cette fin peut, à tout moment après le début des procédures à l'égard d'un prévenu ou d'un défendeur et avant jugement, ordonner au greffier ou à tout autre fonctionnaire compétent de la cour, de mentionner au dossier que les procédures sont arrêtées sur son ordre et cette mention doit être faite séance tenante; dès lors, les procédures sont suspendues en conséquence et tout engagement y relatif est annulé.

(2) Les procédures arrêtées conformément au paragraphe (1) peuvent être reprises sans nouvelle dénonciation ou sans nouvel acte d'accusation, selon le cas par le procureur général ou le procureur mandaté par lui à cette fin en donnant avis de la reprise au greffier de la cour où les procédures ont été arrêtées; cependant lorsqu'un tel avis n'est pas donné dans l'année qui suit l'arrêt des procédures ou avant l'expiration du délai à l'intérieur duquel les procédures auraient pu être engagées, si ce délai expire le premier, les procédures sont réputées n'avoir jamais été engagées.

La validité de la disposition elle-même n'est pas en cause. L'appellant conteste plutôt la manière dont le substitut du procureur général en a fait usage. Selon l'argument de l'appellant, l'arrêt et la reprise des procédures visaient seulement à contourner une décision défavorable du juge du procès. Il soutient que cette manière de procéder constitue un abus de procédure.

At the outset, it must be noted that Crown counsel was at all times acting in good faith. The Crown was obliged to protect the identity of the informer: see *R. v. Hunter, supra*. Crown counsel attempted to fulfil that obligation. Yet the judge presiding at the first trial made it very clear by his rulings and statements that he would not listen to the Crown's submission. In my view, Crown counsel acted properly in staying the action to protect the identity of an informer. In the circumstances, the Crown was not bound to follow the lengthy and somewhat circuitous route of offering no further evidence and appealing the inevitable acquittal. On the facts of this case, it was appropriate for the Crown to move for a stay in accordance with the statutory authority granted by s. 508 of the *Code*. Subsequent to the stay of proceedings the Crown moved at the first reasonable opportunity to renew them. Once again the Crown acted properly. In the circumstances of this case, it could not possibly be said that the appellant was prejudiced in any way by delay in his trial as he was at all times in custody on another matter.

The actions of the Crown were not abusive. They were aimed solely at protecting the identity of the police informer, a value which has long been recognized as important to society. The principles which should guide a court in considering a stay of proceedings have been set out in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657. There Wilson J., giving the reasons for the Court, stated at pp. 658-59:

The availability of a stay of proceedings to remedy an abuse of process was confirmed by this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. On that occasion the Court stated that the test for abuse of process was that initially formulated by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. A stay should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency", or where the proceedings are "oppressive or vexatious" ([1985] 2 S.C.R. at pp. 136-37). The Court in *Jewitt* also adopted "the caveat added by the Court in

Il convient de noter, en premier lieu, que le substitut du procureur général a toujours agi de bonne foi. Le ministère public était obligé de protéger l'identité de l'indicateur: voir *R. v. Hunter*, précité. Le substitut du procureur général a cherché à remplir cette obligation. Pourtant, il ressort de toute évidence des décisions et des déclarations du juge président le premier procès qu'il n'entendrait pas les arguments du ministère public. À mon avis, le substitut du procureur général a agi correctement en arrêtant les procédures afin de protéger l'identité d'un indicateur. Le ministère public, en l'espèce, n'était pas tenu d'adopter l'autre solution inefficace et quelque peu procédurière qui s'offrait à lui: déclarer sa preuve close et se pourvoir en appel contre l'acquiescement qui serait inévitablement prononcé. Compte tenu des faits, le ministère public était fondé à demander un arrêt conformément aux pouvoirs que lui conférait l'art. 508 du *Code*. Après l'arrêt des procédures, le ministère public en a demandé la reprise dès qu'il en a eu raisonnablement la possibilité. Il a, encore une fois, agi régulièrement. Vu les circonstances en l'espèce, il n'est pas possible de soutenir que l'appelant a souffert des délais, car il était en détention tout ce temps-là relativement à une autre affaire.

Les actions du ministère public n'ont pas été abusives. Elles visaient simplement à protéger l'identité de l'indicateur, objectif dont l'importance sociale a depuis fort longtemps été consacrée. L'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, expose les principes qui doivent guider le tribunal à qui on demande d'ordonner un arrêt des procédures. Dans cet arrêt, le juge Wilson, au nom de la Cour, a déclaré aux pp. 658 et 659:

La possibilité d'avoir recours à une suspension d'instance pour remédier à un abus de procédure a été confirmée dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, dans lequel cette Cour a dit que le critère à appliquer pour déterminer s'il y a eu abus de procédure était celui initialement formulé par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289. Suivant ce critère, la suspension d'instance doit être accordée lorsque «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou lorsqu'il s'agit d'une procédure «oppressive ou vexatoire» ([1985] 2 R.C.S., aux pp. 136 et 137). Dans l'affaire *Jewitt*, cette Cour a en outre adopté «la

Young that this is a power which can be exercised only in the 'clearest of cases' " (p. 137).

This same principle was set forth by L'Heureux-Dubé J., writing for the majority, in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. At page 1667 she wrote:

The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.). It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

Neither the stay nor the reinstatement of the proceedings can be said to constitute either an abuse of process or an infringement of any *Charter* rights. Locke Dist. Ct. J. and German Dist. Ct. J. were correct in their decision to refuse to grant Scott's application to stay the new trial. In my view this is not one of those rare but "clearest of cases" in which a stay of proceedings should be granted.

Was the Accused Given the Opportunity to Make Full Answer and Defence?

In order to resolve this issue, it is necessary to review three of the rulings made by German Dist. Ct. J. at various stages of the trial. I will consider each ruling in turn to determine if an error was made that prevented the appellant from making full answer and defence. Each ruling requires a consideration of the evidence and the references will of necessity be somewhat repetitive.

(i) The Cross-Examination of the Police Officer as to the Identity of the Informer

The appellant argues that he had the right to ask whether Ross was the police informer involved in this case. It is said that this forms part of the right of the accused to make full answer and defence. Yet the interest of an accused in ascertaining an answer to such a question must be

mise en garde que fait la cour dans l'arrêt *Young*, portant que c'est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes» (à la p. 137).

Le juge L'Heureux-Dubé au nom de la majorité dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, a réitéré ce principe. Elle a déclaré à la p. 1667:

Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

On ne peut affirmer que l'arrêt des procédures, ou leur reprise, constitue un abus de procédure ou une atteinte à des droits garantis par la *Charte*. Les juges Locke et German ont rendu la décision qui convenait en refusant de faire droit à la demande de Scott en vue d'arrêter le nouveau procès. À mon sens, il ne s'agit pas ici d'un de ces rares «cas les plus manifestes» où il convient de prononcer un arrêt des procédures.

L'accusé a-t-il eu la possibilité de présenter une défense pleine et entière?

Pour trancher cette question, il est nécessaire d'examiner trois décisions rendues par le juge German à diverses étapes du procès. Je vais étudier ces décisions une à une afin de déterminer si elles comportent une erreur qui a empêché l'appellant de présenter une défense pleine et entière. Comme il faut examiner la preuve à l'égard de chaque décision, les redites seront inévitables.

(i) Le contre-interrogatoire du policier relatif à l'identité de l'indicateur

L'appellant soutient qu'il avait le droit de demander si Ross était l'indicateur dans cette affaire. On prétend que ce droit participe du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Néanmoins, il convient de soupeser l'intérêt de l'accusé, qui veut obtenir réponse à cette

balanced against the need to protect the identity of police informers.

The value of informers to police investigations has long been recognized. As long as crimes have been committed, certainly as long as they have been prosecuted, informers have played an important role in their investigation. It may well be true that some informers act for compensation or for self-serving purposes. Whatever their motives, the position of informers is always precarious and their role is fraught with danger.

The role of informers in drug-related cases is particularly important and dangerous. Informers often provide the only means for the police to gain some knowledge of the workings of drug trafficking operations and networks. It has been estimated that in the United States some ninety-five per cent of all federal narcotics cases involve the work of informers: see Williams, "The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution" (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399, at p. 403, and also M. S. Bewers, "Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity" (1979), 40 *La. L. Rev.* 146, at p. 148, note 4. The investigation often will be based upon a relationship of trust between the police officer and the informer, something that may take a long time to establish. The safety, indeed the lives, not only of the informers but also of the undercover police officers will depend on that relationship of trust.

Trafficking in narcotics is a lucrative enterprise. The retribution wreaked on informers and undercover officers who attempt to gather evidence is often obscenely cruel. Little assistance can be expected from informers if their identity is not protected. There can be no relationship of trust established by the police with informers without that protection. If the investigation of drug-related crime is to continue then, to the extent it is possible, the identity of informers must be protected.

The need to protect the identity of an informer has long been recognized by the courts of Canada and other jurisdictions. The Ontario Court of

question, eu égard au besoin de protéger l'identité des indicateurs.

La valeur des indicateurs pour les enquêtes policières est depuis longtemps reconnue. Depuis que le crime existe, ou du moins depuis qu'il y a des poursuites criminelles, les indicateurs jouent un rôle important dans les enquêtes policières. Peut-être est-il vrai que certains indicateurs agissent contre rémunération ou dans leur propre intérêt. Peu importe leur mobile, les indicateurs sont dans une position précaire et jouent un rôle dangereux.

Le rôle des indicateurs dans les affaires de drogues est particulièrement important et dangereux. Ils fournissent souvent à la police le seul moyen d'obtenir des renseignements sur les opérations et le fonctionnement des réseaux de trafiquants. On a estimé qu'aux États-Unis on a eu recours à des indicateurs dans environ quatre-vingt-quinze pour cent de toutes les affaires fédérales concernant des stupéfiants: voir Williams, «The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution» (1959), 28 *Fordham L. Rev.* 399, à la p. 403, et M. S. Bewers, «Comments—Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity» (1979), 40 *La. L. Rev.* 146, à la p. 148, note 4. L'enquête repose souvent sur la confiance qui s'établit entre le policier et l'indicateur; or, cette confiance peut être fort longue à obtenir. La sécurité, voire la vie, non seulement des indicateurs mais encore des agents d'infiltrations, dépendent de cette confiance.

Le trafic des stupéfiants est payant. Le châtiement infligé aux indicateurs et aux agents d'infiltrations qui tentent de réunir des preuves est souvent d'une cruauté répugnante. On ne peut guère s'attendre à ce que les indicateurs prêtent leur assistance si leur identité n'est pas protégée. La police ne pourrait pas établir de rapports de confiance avec les indicateurs s'ils étaient privés de cette protection. Pour que les enquêtes sur la criminalité liée aux drogues continuent, il faut protéger l'identité des indicateurs, dans la mesure du possible.

Au Canada et à l'étranger, les tribunaux ont depuis longtemps reconnu la nécessité de protéger l'identité des indicateurs. Dans l'arrêt *Hunter*, pré-

Appeal set out some of the reasons for maintaining this protection in *Hunter, supra*, at p. 18:

The rule against the non-disclosure of information which might identify an informer is one of long standing. It developed from an acceptance of the role of informers in the solution of crimes and the apprehension of criminals. It was recognized that citizens have a duty to divulge to the police any information that they may have pertaining to the commission of a crime. It was also obvious to the courts from very early times that the identity of an informer would have to be concealed both for his or her own protection, and to encourage others to divulge to the authorities any information pertaining to crimes. It was in order to achieve these goals that the rule was developed.

The same principle was recognized by this Court in *Bisaillon v. Keable, supra*. There Beetz J. stated at p. 93:

It follows from these reasons that at common law the secrecy rule regarding police informers' identity has chiefly taken the form of rules of evidence based on the public interest, which prohibit judicial disclosure of police informers' identity by peace officers who have learned the informers' identity in the course of their duties. A witness also may not be compelled to state whether he is himself a police informer. The rule was developed in criminal proceedings, apparently in trials for high treason, but it also applies in civil matters, and in both cases it has been established for reasons which relate to the essential effectiveness of the criminal law . . . Its application does not depend on the judge's discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound.

It should also be mentioned that its application is not subject to any formal requirement and, if no one raises it, the Court must apply it of its own motion.

See also the reasons of Sopinka J., writing for the majority, in *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421.

This rule is also recognized in other jurisdictions: see, e.g. *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961) vol. 8, at pp. 761-62.

The principle is thus well accepted. Yet the rule cannot be absolute. In our system the right of an individual accused to establish his or her innocence by raising a reasonable doubt as to guilt has

cité, à la p. 18, la Cour d'appel de l'Ontario expose quelques-unes des raisons justifiant le maintien de cette protection:

[TRADUCTION] La règle interdisant la divulgation de renseignements susceptibles de permettre d'établir l'identité d'un indicateur existe depuis très longtemps. Elle trouve son origine dans l'acceptation du rôle des indicateurs dans le dépistage et la répression des crimes. On a reconnu que les citoyens ont le devoir de dévoiler à la police toute information qu'ils détiennent relativement à la perpétration d'un crime. Pour les tribunaux, il a été évident dès les temps les plus reculés, qu'il fallait dissimuler l'identité des indicateurs à la fois pour leur propre sécurité et pour encourager les autres à divulguer aux autorités tout renseignement concernant des crimes. La règle a été adoptée en vue de réaliser ces objectifs.

Dans l'arrêt *Bisaillon c. Keable*, précité, notre Cour a reconnu ce principe. À la page 93, le juge Beetz écrit ce qui suit:

Il ressort de ces motifs qu'en *common law* le principe du secret relatif à l'identité des indicateurs de police s'est manifesté principalement par des règles de preuve que dicte l'intérêt public et qui excluent la divulgation judiciaire de l'identité des indicateurs de police par des agents de la paix qui ont appris l'identité de ces indicateurs dans l'exercice de leurs fonctions. On ne peut non plus contraindre un témoin à dire s'il est lui-même un indicateur de police. Le principe a pris naissance en matière criminelle, dans des procès pour haute trahison semble-t-il, mais il vaut également en matière civile et il a été reconnu dans un cas comme dans l'autre pour des motifs qui ont trait à l'efficacité essentielle du droit criminel. [...] Son application ne relève en rien de la discrétion du juge car c'est une règle juridique d'ordre public qui s'impose au juge.

Ajoutons que son application n'est assujettie à aucune formalité et que, si personne ne l'invoque, le juge doit l'imposer d'office.

Voir aussi les motifs de jugement du juge Sopinka, qui a rédigé l'opinion majoritaire dans l'arrêt *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421.

Cette règle est également consacrée à l'étranger: voir, par exemple, *Wigmore on Evidence*, (McNaughton rev. 1961) vol. 8, aux pp. 761 et 762.

Le principe est donc bien établi. Pourtant, la règle ne saurait être absolue. Dans notre système, le droit d'une personne accusée de démontrer son innocence en faisant naître un doute raisonnable

always remained paramount. Beetz J. in *Bisaillon, supra*, acknowledged that there was an exception to the rule protecting informers' identity. He wrote at p. 93:

The rule is subject to only one exception, imposed by the need to demonstrate the innocence of an accused person. There are no exceptions in proceedings other than criminal.

Certainly, if the informer is a material witness to the crime then his or her identity must be revealed. In *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), the United States Supreme Court held that the informer's identity would be divulged if the informer was a material witness. Canadian courts have very properly followed the same path in circumstances where the informer is the only material witness to the crime: see *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (Ont. C.A.).

An exception should also be made where the informer has acted as *agent provocateur*. For example, in *R. v. Davies, supra*, the informer not only introduced the police to the accused, but also played an instrumental role in the trafficking scheme itself. In those circumstances, his identity had to be revealed. This exception could be properly extended to cases where the accused intends to rely upon the defence of entrapment. However, in order to rely on this exception, the accused will, as a general rule, be required to establish some evidentiary basis for the defence.

A third exception may exist where the accused seeks to establish that the search was not undertaken on reasonable grounds and therefore contravened the provisions of s. 8 of the *Charter*. Even under these conditions, a court should strive to provide as much evidence as possible to the defence by means of editing the information on which the search warrant was based without disclosing the identity of the informer. That disclosure should only be made in circumstances where it is absolutely essential: see *R. v. Hunter, supra*.

None of these exceptions apply to the case at bar. First, the alleged informer could not have been a material witness to any of the incidents

au sujet de sa culpabilité a toujours primé. Dans l'arrêt *Bisaillon*, précité, le juge Beetz a reconnu que la règle de la non-divulgateion de l'identité des indicateurs souffrait une exception. Il écrit, à la p. 93:

Ce principe ne souffre qu'une exception imposée par la nécessité de démontrer l'innocence de l'accusé. Il ne connaît aucune exception en matière autre que criminelle.

Si l'indicateur a été un témoin essentiel du crime, il n'y a pas de doute que son identité doit être révélée. Dans *Roviaro v. United States*, 353 U.S. 53 (1957), la Cour suprême des États-Unis a décidé que l'identité de l'indicateur, qui était un témoin essentiel du crime, serait divulguée. Les tribunaux canadiens ont à juste titre adopté la même ligne de conduite dans des cas où l'indicateur est le seul témoin essentiel du crime: voir *R. v. Davies* (1982), 1 C.C.C. (3d) 299 (C.A. Ont.).

Une exception devrait aussi être admise si l'indicateur a agi comme agent provocateur. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Davies*, précité, l'indicateur non seulement avait présenté le policier à l'accusé mais encore avait joué un rôle actif dans le trafic. En pareil cas, son identité devait être divulguée. Cette exception pourrait à bon droit être reconnue dans les cas où l'accusé entend faire valoir le moyen de défense de la provocation policière. Toutefois, l'accusé qui voudrait invoquer cette exception serait, en règle générale, tenu d'établir certaine preuve donnant ouverture à ce moyen de défense.

Une troisième exception serait possible dans le cas où l'accusé chercherait à montrer que la perquisition n'était pas fondée sur des motifs raisonnables et violait par conséquent l'art. 8 de la *Charte*. Même dans ces conditions, le tribunal devrait s'efforcer de fournir à la défense autant d'éléments de preuve que possible en rédigeant les renseignements à l'appui du mandat sans dévoiler l'identité de l'indicateur. Celle-ci ne serait divulguée que dans les cas où cela serait absolument essentiel: voir l'arrêt *R. v. Hunter*, précité.

Aucune de ces exceptions ne s'applique en l'espèce. Premièrement, l'indicateur en cause ne pouvait avoir été un témoin essentiel de l'un ou l'autre

comprising the counts of the indictment. Indeed, no submissions were made that he was.

Second, on the facts of this case there was no evidence upon which an argument could be made that the informer acted as an *agent provocateur*. While one can readily conceive of situations where the line between the informer passing on information as to the activities of the accused and the informer actively inducing the accused to commit a crime could be blurred, this is not such a situation. Here the case against the accused was almost exclusively based on the evidence gathered by an undercover police officer over a period of five months. This uncontradicted evidence indicated that it was Scott who initiated the various drug-related transactions. It was Scott who was the leader in all the transactions. It was Scott who made the first offer to provide larger quantities of cocaine and deliver them to the police officer. It was Scott who asked the officer for a loan and offered to put up his car as security in order to obtain the funds to purchase larger quantities of cocaine.

It will be remembered that while German Dist. Ct. J. did not allow questions that would have identified the informer, she did permit the appellant to cross-examine the police officer on the issue as to whether Ross was present during any of the transactions at issue and whether he played any role that would engage an entrapment defence. She advised the defence counsel of her position in this way:

Now, I think that the Crown is correct. You may ask questions designed to go towards a defence of entrapment. But you may not ask or I will not permit the officer to answer questions that will go to identify the informant. So if you can ask the questions that don't go to his, show his identity, then that's fine.

The cross-examination of the police officer failed to provide any indication that Scott had been entrapped. From this ruling and other pronouncements made by the judge during the course of the trial, it is clear that if any basis for an entrapment defence had been revealed, the trial

des incidents visés dans les chefs d'accusation. De fait, on n'a pas prétendu qu'il l'avait été.

Deuxièmement, les faits de l'espèce ne permettaient d'avancer aucun argument selon lequel l'indicateur aurait agi à titre d'agent provocateur. Certes, on peut facilement imaginer des situations où il serait très difficile de distinguer l'indicateur qui transmet des informations sur les activités de l'accusé, de l'indicateur qui incite concrètement l'accusé à commettre un crime. Ce n'est cependant pas le cas. En l'espèce, l'accusation reposait presque exclusivement sur la preuve recueillie par un agent d'infiltration au cours d'une période de cinq mois. Selon la preuve non contredite, c'est Scott qui a été à l'origine des diverses transactions concernant des drogues. C'est Scott qui a pris l'initiative de toutes les transactions. C'est Scott qui le premier a offert de fournir et de livrer au policier une quantité plus importante de cocaïne. C'est Scott qui a demandé au policier de lui avancer de l'argent et qui a offert sa voiture en garantie afin d'obtenir les fonds nécessaires pour acheter une quantité plus importante de cocaïne.

On se souviendra que, bien que le juge German n'ait pas permis que soient posées des questions permettant d'identifier l'indicateur, elle a autorisé l'appelant à demander au policier, lors du contre-interrogatoire, si Ross avait assisté à l'une ou l'autre des transactions en cause et s'il avait joué un rôle pouvant donner lieu à une allégation de provocation policière. Elle a fait connaître sa position à l'avocat de la défense de la manière suivante:

[TRADUCTION] Bon je pense que le ministère public a raison. Vous pouvez poser des questions susceptibles de fonder une allégation de provocation policière. Mais vous ne pouvez pas poser de questions destinées à établir l'identité de l'indicateur et je ne permettrai pas à l'agent de police de répondre à de telles questions. Alors, si vous pouvez poser des questions qui ne conduiront pas à révéler son identité, libre à vous.

Le contre-interrogatoire du policier n'a fourni aucune indication de provocation policière en ce qui concerne Scott. Il ressort clairement de cette décision et d'autres déclarations du juge au cours du procès que si un élément quelconque susceptible de fonder une allégation de provocation policière

judge would have reconsidered her position regarding the protection of the informer's identity. It is significant that counsel for Scott did not ask those questions. There was simply no evidentiary basis established that would enable Scott to argue that he was entrapped and that permitted Scott's counsel to ask whether Ross was the police informer involved in the case.

Finally, it is clear that the third exception did not apply. Defence counsel made no attack upon the validity of the search warrant that might have required a disclosure of the informer's identity.

The trial judge very properly took a flexible approach to the possible need to reveal the identity of the informer. In light of the position taken by the appellant throughout the trial and the manner in which the case proceeded, the appellant cannot contend that any error was made by the trial judge in refusing, in the circumstances of the case, to permit cross-examination that would have revealed the identity of the police informer. In my view, the trial judge made no error in her ruling on this issue.

(ii) The Trial Judge's Refusal to Issue the Material Witness Warrant

When the trial resumed, after the thirty-day adjournment, Ross did not appear. Counsel for Scott moved to obtain a warrant pursuant to the provisions of s. 626(2) (now s. 698) of the *Criminal Code*. That section provides as follows:

626. (1) Where a person is likely to give material evidence in a proceeding to which this Act applies, a subpoena may be issued in accordance with this Part requiring that person to attend to give evidence.

(2) Where it is made to appear that a person who is likely to give material evidence

(a) will not attend in response to a subpoena if a subpoena is issued, or

(b) is evading service of a subpoena,

a court, justice or provincial court judge having power to issue a subpoena to require the attendance of that

avait été révélé, elle aurait réexaminé sa position au sujet de la protection de l'identité de l'indicateur. Il est significatif que l'avocat de Scott n'ait pas posé de questions dans ce sens. Il n'y a simplement aucun élément de preuve susceptible de permettre d'une part à Scott d'étayer une allégation de provocation policière et, d'autre part, à son avocat de demander si Ross était l'indicateur en cause.

Enfin, la troisième exception n'était manifestement pas applicable. L'avocat de la défense n'a pas du tout attaqué la validité du mandat de perquisition; pareille attaque aurait pu nécessiter la divulgation de l'identité de l'indicateur.

C'est à juste titre que le juge du procès a fait preuve de souplesse quant au besoin de révéler l'identité de l'indicateur. Vu la thèse soutenue par l'appelant durant tout le procès, ainsi que le déroulement de l'affaire, l'appelant ne peut pas prétendre que le juge du procès a commis une erreur en refusant, étant donné les circonstances de l'espèce, d'autoriser un contre-interrogatoire qui aurait permis d'établir l'identité de l'indicateur. Selon moi, le juge du procès n'a pas commis d'erreur en tranchant cette question.

(ii) Le refus du juge du procès de décerner un mandat d'amener un témoin essentiel susceptible de fournir une preuve essentielle

À la reprise du procès, qui avait été ajourné à trente jours, Ross ne s'est pas présenté. L'avocat de Scott a demandé qu'un mandat soit décerné conformément aux dispositions du par. 626(2) (maintenant art. 698) du *Code criminel*. Ce paragraphe est ainsi conçu:

626. (1) Lorsqu'une personne est susceptible de fournir quelque preuve essentielle dans une procédure à laquelle la présente loi s'applique, une assignation peut être lancée conformément à la présente Partie enjoignant à cette personne d'être présente afin de rendre témoignage.

(2) Lorsqu'il paraît qu'une personne susceptible de fournir une preuve essentielle

a) ne se présentera pas en réponse à l'assignation, si une assignation est lancée, ou

b) se soustrait à la signification d'une assignation,

une cour, un juge de paix ou un juge de la cour provinciale ayant le pouvoir de lancer une assignation

person to give evidence may issue a warrant in Form 12 to cause that person to be arrested and to be brought to give evidence.

(3) Except where paragraph (2)(a) applies, a warrant in Form 12 shall not be issued unless a subpoena has first been issued.

Before issuing a warrant, a trial judge must be satisfied on two points: first, that proper attempts to serve the potential witness with the subpoena have been undertaken and second, that the proposed witness is a material witness. These requirements are apparent from the wording of s. 626 itself and the related provisions of the *Code*. Sections 626(1) and (3) provide expressly that before a warrant can be issued, a subpoena must be issued and served in the usual manner. Second, and more importantly, both ss. 626(1) and (2) state that the proposed witness must be someone who is "likely to give material evidence". It is a pre-condition of the issuance of the warrant that the trial judge be satisfied of the materiality of the evidence the witness may give.

German Dist. Ct. J. was not satisfied that either of the prerequisite conditions had been fulfilled. She found that the information contained in the affidavit of service in the subpoena was inadequate and that the issuance of the subpoena had not been completed in accordance with the standards set out in the *Code*. This is a decision that falls within the discretion of the trial judge and in my view her findings on this point would be sufficient to justify her refusal to issue the warrant.

However, there was another ground upon which she based her decision, namely that she was not satisfied that the evidence of Ross could be material.

The materiality of the evidence to be given by the proposed witness is a fundamentally important pre-condition of the issuance of the warrant. This is a matter that must be determined solely by the trial judge. In *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6, the Ontario Court of Appeal held that the power to issue a warrant was within the discretion of the trial judge. The court held that the issuance of the warrant is not a matter of right but must be

pour enjoindre à cette personne d'être présente afin de rendre témoignage, peut décerner un mandat rédigé selon la formule 12 en vue de la faire arrêter et de la faire amener pour rendre témoignage.

(3) Sauf lorsque l'alinéa (2)a) s'applique, un mandat selon la formule 12 ne doit être décerné que si une assignation a d'abord été lancée.

Avant de décerner un mandat, le juge du procès doit être convaincu de deux choses: premièrement, qu'on a bien tenté de signifier l'assignation à la personne susceptible de témoigner; deuxièmement, que le témoin visé est susceptible de fournir une preuve essentielle. Ces exigences ressortent de la teneur de l'art. 626 et des dispositions connexes du *Code*. Les paragraphes 626(1) et (3) portent expressément qu'une assignation doit être lancée et signifiée de la manière habituelle avant qu'un mandat puisse être décerné. En deuxième lieu, et c'est ce qui importe davantage, les par. 626(1) et (2) disent tous deux qu'il faut que le témoin soit «susceptible de fournir une preuve essentielle». Le juge du procès doit être convaincu du caractère essentiel de la preuve; c'est là une condition nécessaire de la délivrance du mandat.

Le juge German n'était pas convaincue que l'une ou l'autre des conditions requises avaient été remplies. Elle a conclu que les renseignements contenus dans l'affidavit de signification de l'assignation étaient insuffisants et que l'assignation n'avait pas été délivrée conformément aux critères énoncés dans le *Code*. Cette décision ressortit au pouvoir discrétionnaire du juge du procès et, à mon sens, sa décision sur ce point justifiait à elle seule son refus de décerner le mandat.

Toutefois, elle a aussi fondé sa décision sur un autre motif: elle n'était pas convaincue que le témoignage de Ross revêtait un caractère essentiel.

Le caractère essentiel du témoignage que doit fournir la personne visée est une condition sine qua non de la délivrance du mandat. Seul le juge de première instance est compétent pour se prononcer sur cette question. Dans l'arrêt *R. v. Kinzie* (1956), 25 C.R. 6, la Cour d'appel de l'Ontario a décidé que le pouvoir du juge de première instance de décerner un mandat était discrétionnaire. La cour a décidé que le mandat n'était pas décerné de

justified by demonstrating to the trial judge that the witness is likely to give material evidence. The decision of the Court of Appeal was based in turn on the principle set out by this Court in *Darville v. The Queen* (1956), 25 C.R. 1. In that case an adjournment to subpoena further witnesses was refused by the trial judge and his decision was upheld on appeal because the materiality of the evidence had not been demonstrated. The reasons of this Court confirmed that the trial judge's discretion could be reviewed only if it had not been exercised in a judicial manner.

In the case under consideration, counsel for Scott had not demonstrated during the course of the trial or upon the application for the bench warrant that the evidence of Ross would be material. There is no evidence that Ross was ever in a position to overhear any of the conversations between Scott and the police or that he was in any way involved in the drug transactions. Neither is there any evidence that he acted as an *agent provocateur* or encouraged, importuned, or influenced Scott or the police to enter into the drug transactions.

Nor can I accept the argument that the granting of the adjournment in order that Ross be subpoenaed could be taken as a recognition by the trial judge that Ross was likely to give material evidence so that a warrant should be issued. Although the materiality of the evidence is a pre-condition to both the issuing of a subpoena to a witness under s. 626(1) and the issuance of a warrant under s. 626(2), this does not mean that the same level of demonstrated materiality is sufficient to satisfy both subsections.

The material arrest warrant provision is clearly an exceptional remedy. The consequences of the issuance of a warrant are far more serious for the witness than is the service of a subpoena. The very liberty of the subject is involved. It is one thing to attend court in answer to a subpoena. The subpoenaed witness may feel compelled to attend but

plein droit, mais qu'il fallait démontrer au juge que le témoin était susceptible de fournir une preuve essentielle. L'arrêt de la Cour d'appel était fondé sur le principe énoncé par notre Cour dans l'arrêt *Darville c. La Reine* (1956), 25 C.R. 1. Dans cette affaire, le juge de première instance avait refusé d'ajourner les débats afin de permettre l'assignation d'autres témoins. Sa décision a été confirmée en appel parce qu'on n'avait pas démontré le caractère essentiel des témoignages. Les motifs de notre Cour confirment que l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès ne pouvait être révisé que si le juge n'avait pas agi judiciairement.

Dans la présente affaire, ni au cours du procès, ni au moment de la demande de mandat, l'avocat de Scott n'a-t-il démontré que le témoignage de Ross fournirait une preuve essentielle. Il n'a aucunement été établi que Ross a été en mesure à un moment quelconque d'entendre les conversations entre Scott et le policier, ou qu'il a joué un rôle quelconque dans les transactions concernant les drogues. Aucun élément de preuve ne montre non plus qu'il a agi en qualité d'agent provocateur, ou encouragé, harcelé ou influencé Scott ou le policier en vue de la conclusion de transactions touchant les drogues.

Je ne saurais non plus accepter l'argument selon lequel le juge du procès, en prononçant l'ajournement afin de permettre l'assignation de Ross, a reconnu que ce dernier était susceptible de fournir une preuve essentielle, de sorte qu'un mandat devait donc être décerné. Certes, le caractère essentiel de la preuve est une condition nécessaire de la délivrance de l'assignation en vertu du par. 626(1) et de celle du mandat conformément au par. 626(2). Néanmoins, il ne s'ensuit pas que le caractère essentiel qu'il faut démontrer est du même ordre sous le régime de ces deux paragraphes.

Le mandat d'amener un témoin essentiel est de toute évidence de nature exceptionnelle. Les conséquences de sa délivrance sont beaucoup plus graves pour le témoin que celles d'une assignation. C'est la liberté de la personne visée qui est en jeu. Se présenter devant le tribunal conformément à une assignation est une chose; le témoin assigné peut se

attends by an act of his or her own will. It is quite another to be picked up by the police and escorted to the courtroom. The issuance of the warrant should therefore be subject to careful consideration when an application is made to the trial judge for its issuance. It is appropriate and indeed essential that the trial judge undertake a new inquiry into the materiality of the potential evidence to determine whether or not the warrant should be issued.

In this case, the trial judge considered the preconditions for the issuance of the warrant and found they were lacking. She exercised her discretion in accordance with the appropriate principles of law. The exercise of that discretion should not be lightly overturned by an appellate court. In my view, no error was made by the trial judge in this ruling that could justify overturning her discretion.

(iii) The Trial Judge's Refusal to Hear the Evidence of Ross When He Appeared

It will be recalled that Ross appeared in court after counsel for the Crown and Mitchell had completed their final submissions. The trial judge refused to permit Ross to be called as a witness at this stage. Once again, this is a matter that came within the trial judge's discretion. Although another trial judge might have come to another decision, I cannot find that an error was committed in this case.

The most important consideration in any criminal trial is that it be conducted fairly in accordance with the law. Scott received a fair trial. It may well be that despite the potentially unfair and inconvenient disruption, it would have been preferable had the trial judge permitted Ross to testify. Yet the trial process cannot be allowed to become a mine field that presents a host of uncharted, potentially explosive traps to even the most skilled and patient of trial judges. Good luck should not be the sole criterion for the successful conclusion of a criminal trial.

sentir obligé d'être présent, mais il se présente de son gré. Être arrêté par la police et escorté jusqu'à la salle d'audience, c'est une tout autre chose. Le juge saisi de la demande de mandat ne doit donc le décerner qu'après un examen consciencieux. Il est à propos, voire essentiel, que le juge du procès fasse une nouvelle enquête sur le caractère essentiel de la preuve qui sera fournie afin de déterminer s'il y a lieu de décerner le mandat.

En l'espèce, le juge du procès a étudié les conditions nécessaires de la délivrance du mandat et a jugé qu'elles n'avaient pas été remplies. Elle a exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les principes de droit applicables. Les tribunaux de juridiction supérieure ne doivent pas intervenir sans motif sérieux dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. À mon avis, le juge du procès, en rendant cette décision, n'a pas commis d'erreur qui puisse nous autoriser à écarter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

(iii) Le refus du juge de première instance de recevoir la déposition de Ross lorsque ce dernier s'est présenté

On se souviendra que Ross s'est présenté devant le tribunal après que le substitut du procureur général et l'avocat de Mitchell eurent terminé leur exposé final. Le juge du procès a refusé de permettre que Ross soit appelé à déposer à ce moment-là. Une fois de plus, cette décision ressortissait au pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Certes, un autre juge aurait pu en décider autrement, mais je ne saurais conclure qu'une erreur a été commise en l'occurrence.

La préoccupation primordiale dans tout procès au criminel, c'est que la procédure soit équitable et conforme à la loi. Le procès de Scott a été équitable. Peut-être aurait-il été préférable, malgré les inconvénients et les écarts à l'équité qui auraient peut-être résulté de la perturbation, que le juge de première instance permette à Ross de témoigner. Pourtant, on ne peut pas tolérer que le déroulement normal du procès prenne l'allure d'un champ de mines, plein de traquenards même pour le juge le plus habile et le plus patient. La chance ne doit pas être le seul facteur qui détermine le succès du procès pénal.

Let us review once again the situation that presented itself to the trial judge when Ross appeared. At the conclusion of the Crown's case, Scott's counsel had indicated that no evidence would be called on his behalf. At no time during the cross-examination of the police officer nor at any time during the trial had any evidence been called that would establish the materiality of the evidence of Ross. Rather, the evidence portrayed an eager drug dealer anxious to make a sale. There was no indication that Scott was influenced, instigated, provoked or encouraged by Ross to make the sales or was influenced in any way by him. Nor was there any evidence that Ross influenced the actions of the police in any way.

Any evidence of Ross's involvement could have come from either the police or Scott. The police evidence certainly did not indicate that Ross was instrumental in instigating, entrapping or provoking Scott to commit the crimes. Scott had chosen not to testify. Before granting permission for Ross to testify at this late stage, it was only reasonable that the defence explain in what way the evidence of the witness would be relevant. No such explanation was offered. The trial judge had an obligation to ensure that the trial proceeded in a reasonably expeditious and orderly manner. She had to take into account, not simply the effect of delay and inconvenience, but the possibility of prejudice to the co-accused who had objected to the granting of the adjournment. She was given no real basis for permitting Ross to testify after all the evidence and most of the final submissions had been completed.

In these circumstances it was not unreasonable for the trial judge to exercise her discretion and refuse to permit Ross to be called as a witness at this late stage of the proceedings. As a reasonable exercise of discretion, it should not be overturned. Indeed, counsel for the appellant did not take issue with the decision of the trial judge not to re-open the case, either in his factum or in oral argument. Rather, he acknowledged that it was a discretionary decision and frankly conceded that he could not demonstrate any error in law which would

Revoions de nouveau la situation à laquelle le juge du procès faisait face au moment où Ross s'est présenté. Quand le ministère public eut terminé son exposé, l'avocat de Scott a dit qu'il ne ferait entendre aucun témoin à décharge. Au cours du contre-interrogatoire du policier, et durant le procès, aucun élément de preuve n'a été offert qui permette d'établir que Ross fournirait un témoignage essentiel. La preuve a plutôt montré un trafiquant de drogues empressé de vendre sa marchandise. Rien n'indique que Ross ait influencé, incité, provoqué ou encouragé Scott relativement aux ventes, ni qu'il ait influé sur lui de quelque façon que ce soit. Aucune preuve n'indique non plus que Ross ait influé sur les actions de la police de quelque manière que ce soit.

La police ou Scott aurait pu fournir une preuve indiquant l'intervention de Ross. Les témoignages apportés par la police ne montrent sûrement pas que Ross a contribué à inciter Scott à commettre les crimes ou à le provoquer. Ce dernier a choisi de ne pas témoigner. Il n'était que raisonnable que la défense, avant que Ross soit autorisé à témoigner à ce moment tardif, explique en quoi la déposition du témoin serait pertinente. Elle n'a offert aucune explication. Le juge du procès avait l'obligation de s'assurer que le procès se déroule de manière raisonnablement expéditive et ordonnée. Elle devait tenir compte non seulement des effets du retard et des inconvénients, mais encore de la possibilité de préjudice pour le coaccusé qui s'était opposé à l'ajournement. On n'a fait état au juge d'aucun fondement dans la preuve qui puisse justifier la décision de permettre à Ross de témoigner après que tous les témoignages eurent été entendus et que les exposés finaux furent terminés.

Vu ces circonstances, il n'était pas déraisonnable que le juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuse de permettre que Ross soit appelé à déposer à cette étape tardive de la procédure. Le juge ayant exercé son pouvoir discrétionnaire de manière raisonnable, il n'y a pas lieu d'écarter sa décision. D'ailleurs, ni dans son mémoire, ni dans son argumentation orale, l'avocat de l'appellant n'a contesté la décision du juge du procès de ne pas rouvrir les débats. Il a plutôt reconnu que sa décision relevait de son pouvoir

warrant challenging that decision. That is a sufficient basis to dispose of this issue. Nonetheless, something should be said of the effect this Court's decision in *R. v. Mack, supra*, could have on this case.

Relevance of the Decision in R. v. Mack

The second trial took place before the decision was rendered by this Court in *R. v. Mack, supra*. Prior to that decision, the procedure to be followed where the defence of entrapment was raised was unclear: see, e.g. the helpful discussion of the situation by D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 480-91. A question existed whether the defence of entrapment was a substantial one to be decided by the jury or a policy-oriented defence based on the inherent power of courts to stay proceedings for abuse of process. This question was not resolved by the decision of this Court in *Amato v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 418. The minority judgment of Estey J., however, laid the foundation for the separation of the issue of entrapment from the substantive elements of the offence. This was the position adopted unanimously by this Court in *Mack, supra*, where it was held that the defence of entrapment was to be separated from the general defence. It was to be invoked and determined by the trial judge alone after a finding of guilt had been made on all the requisite elements of the offence by the trier of the fact. Lamer J., speaking for the Court, stated at pp. 972-73:

Finally, I am of the view that before a judge considers whether a stay of proceedings lies because of entrapment, it must be absolutely clear that the Crown had discharged its burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused had committed all the essential elements of the offence. If this is not clear and there is a jury, the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the

discretionnaire et il a franchement avoué qu'il ne pouvait démontrer aucune erreur de droit qui justifierait la contestation de cette décision. Ce motif est suffisant pour résoudre cette question. Néanmoins, il serait opportun d'étudier l'effet, sur l'es-
pèce, de l'arrêt de notre Cour *R. c. Mack*, précité.

Pertinence de l'arrêt R. c. Mack

Le second procès a eu lieu avant que notre Cour ne rende l'arrêt *R. c. Mack*, précité. Avant cet arrêt, la procédure applicable en cas d'allégation de provocation policière n'était pas bien établie: voir, par exemple, l'analyse fort utile de l'état du droit dans D. Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2^e éd. 1987), aux pp. 480 à 491. Une question n'avait pas été tranchée, soit celle de savoir si la provocation policière était une défense au fond, sur laquelle le jury devait se prononcer, ou une défense dont on trouve la source dans une politique générale et qui repose sur le pouvoir inhérent à tout tribunal d'arrêter les procédures pour cause d'abus de procédure. L'arrêt de notre Cour *Amato c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 418, n'a pas dissipé l'incertitude. L'opinion minoritaire du juge Estey a cependant jeté les bases de la séparation de la question de la provocation policière de celle des éléments constitutifs de l'infraction. Cette séparation a été consacrée par notre Cour à l'unanimité dans l'arrêt *Mack*, précité, où elle a décidé qu'il fallait distinguer la défense de provocation policière des moyens de défense généraux. Il appartient au juge de première instance et à lui seul, après que les juges des faits ont déclaré l'accusé coupable à l'égard de tous les éléments essentiels de l'infraction, d'apprécier et de trancher la question de la provocation policière. Au nom de la Cour, le juge Lamer dit aux pp. 972 et 973:

Enfin, je suis d'avis qu'avant qu'un juge se demande s'il y a lieu à suspension d'instance pour cause de provocation policière, il doit être absolument clair que le ministère public s'est déchargé de son fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'inculpé a commis tous les éléments essentiels de l'infraction. Si cela n'est pas clair et qu'il y ait un jury, la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments

judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. It is not necessary nor advisable in this case to expand on the details of procedure. Because the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided, the right of an accused to the benefit of a jury trial in s. 11(f) of the *Charter* is in no way infringed. [Emphasis in original.]

With the issue of entrapment separated from the rest of the defence, it is incumbent on the accused to establish on the balance of probabilities that entrapment occurred. I believe the evidence adduced in this case makes it apparent that the accused could not have met the burden of showing entrapment. Scott, on the evidence, was an eager drug dealer anxious to sell cocaine in substantial quantities. It is difficult to imagine that the evidence of Ross alone could demonstrate that there had been any entrapment of Scott. Even if his testimony were favourable, it would have to contradict the evidence of the police and it would be unsupported by any evidence from Scott. In those circumstances, even if there had been a wrongful exercise of discretion, I could not see any value in directing the trial judge to hear Ross on the issue of entrapment.

Conclusion

When each ruling of the trial judge is examined, in order and in context, it becomes apparent that in each instance she exercised her discretion in accordance with the correct principles of law. As a result, I can find no basis for overturning her decisions.

I would dismiss the appeal.

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

MCLACHLIN J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of Justice Cory. I agree with him on all issues save two. First, I am of the view that it was not open to the Crown to recommence proceedings against the accused after entering the stay of proceedings. Second, I would

du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. Comme la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière, le droit de l'inculpé à un procès par jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte* n'est en aucune manière enfreint. [Souligné dans l'original.]

La question de la provocation policière ayant été isolée du reste de la défense, il incombe à l'accusé de prouver la provocation policière par prépondérance des probabilités. Je crois que la preuve produite en l'espèce démontre à l'évidence que l'accusé n'aurait pas pu s'acquitter du fardeau de prouver la provocation policière. D'après la preuve, Scott était un trafiquant pressé de vendre d'importantes quantités de cocaïne. Il est difficile d'imaginer que le témoignage de Ross à lui seul eût pu montrer que Scott a été la victime d'une provocation policière. Même si son témoignage avait été dans ce sens, il aurait été en contradiction avec ceux des policiers et il n'aurait pas été étayé par le témoignage de Scott. Vu ces circonstances, même si l'exercice du pouvoir discrétionnaire avait été injustifié, je ne saurais estimer utile d'ordonner au juge du procès d'entendre le témoignage de Ross sur la question de la provocation policière.

Conclusion

L'examen de chacune des décisions du juge du procès, selon l'ordre chronologique, et dans son contexte, révèle de toute évidence qu'elle a chaque fois exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux principes de droit applicables. Je ne vois donc aucun motif d'écarter ses décisions.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

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

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge Cory. Je suis du même avis que lui sur tous les points sauf deux. D'abord, selon moi, il n'est pas loisible au ministère public de recommencer les procédures instituées contre l'accusé après

find that the second trial judge erred in refusing to hear the witness Ross on the issue of entrapment.

Recommencement of Proceedings After Entering a Stay

The first trial judge made a ruling that the defence could ask a police officer in cross-examination why Winston Ross had been arrested on the same day as the appellant. Crown counsel had objected strenuously to the question on the ground that it might reveal the identity of a police informer. Faced with the ruling, Crown counsel advised the court that the Crown was entering a stay under s. 508(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. Shortly thereafter, the Crown notified the clerk of the court that it was re-instituting the proceedings against the accused. The appellant moved to have the second proceeding stayed. His motion was rejected. The trial proceeded before a new judge, German Dist. Ct. J. refused to allow questioning as to the identity of the informer—the line of questioning which the first judge would have permitted—on the ground that no evidentiary basis for a defence of entrapment had been made out. In the end she convicted the accused.

The accused contends that the conduct of the Crown in staying the charges before the first judge because it did not like his ruling in favour of the defence, and reinstating them in hopes of a more favourable ruling from a different judge, constitutes an abuse of process and an infringement of the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown takes the position that there was no abuse of process or *Charter* infringement because its conduct was justified in the public interest and did not unduly prejudice the accused.

It is useful at the outset to state what is not at issue. In particular, the constitutionality of s. 508(1) of the *Criminal Code* is not raised. It is not suggested that the Crown does not have the power

qu'il a demandé l'arrêt des procédures. Ensuite, je conclus que le juge président le deuxième procès a commis une erreur en refusant d'entendre le témoin Ross au sujet de la provocation policière.

Reprise des procédures après l'inscription d'un arrêt

Lors du premier procès, le juge a statué que la défense pouvait demander à un agent de police, en contre-interrogatoire, pourquoi Winston Ross avait été arrêté le même jour que l'appelant. Le substitut du procureur général s'était vivement opposé à cette question pour le motif qu'elle pouvait révéler l'identité d'un indicateur. Vu la décision, le substitut du procureur général a avisé le tribunal que le ministère public inscrivait un arrêt des procédures conformément au par. 508(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Peu de temps après, le ministère public a avisé le greffier du tribunal qu'il reprenait les procédures contre l'accusé. L'appelant a demandé une suspension d'instance à l'égard de la deuxième procédure. Sa demande a été rejetée. Le procès s'est poursuivi devant un nouveau juge, le juge German de la Cour de district. Cette dernière a refusé de permettre des questions au sujet de l'identité de l'indicateur — c'est-à-dire le type de question que le premier juge avait autorisé—pour le motif qu'il n'y avait pas d'élément de preuve donnant ouverture au moyen de défense de provocation policière. Plus tard, elle a trouvé l'accusé coupable.

L'accusé soutient que l'action du ministère public d'arrêter les procédures devant le premier juge parce que le ministère public n'aimait pas la décision du juge qui favorisait l'accusé et de les reprendre dans l'espoir d'obtenir une décision plus favorable d'un autre juge, constitue un abus de procédure et une violation des droits garantis à l'accusé en vertu de l'art. 7 et de l'al. 11(d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public soutient qu'il n'y a pas eu d'abus de procédure ni de violation de la *Charte* parce que l'intérêt public justifie ses actes et que l'accusé n'en a pas indûment souffert.

Il est utile de dire au départ ce qui n'est pas en litige. Plus précisément, on ne conteste pas la constitutionnalité du par. 508(1) du *Code criminel*. On ne conteste pas non plus le pouvoir du

to enter stays, nor that this might not be appropriate in many situations. The only question is whether the Crown's conduct in entering a stay and then recommencing the proceedings for the purpose of avoiding an unfavourable evidentiary ruling constitutes an abuse of process or violates the *Charter*, with the result that the convictions should be set aside. The issue, as I see it, is whether, once an accused has been put in jeopardy by entering a plea to a charge, the Crown may stay that proceeding and institute a new proceeding in order to overcome an unfavourable ruling by the trial judge.

The Law with Respect to Abuse of Process

This Court has recognized the doctrine of abuse of process, quite independently of the *Charter*. A judge has the power to stay or strike down proceedings which are oppressive or vexatious and violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The power is to be exercised only in the "clearest of cases". As stated in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667:

A trial judge has discretion to stay proceedings in order to remedy an abuse of the court's process. This Court affirmed the discretion "where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (*R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, borrowing from *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.)) The judge's power may be exercised only in the "clearest of cases" (*Jewitt*, *supra*, at p. 137).

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society"

ministère public de faire inscrire l'arrêt des procédures ni le bien fondé, dans bon nombre de cas, du recours à ce pouvoir. La seule question en litige est de savoir si l'action du ministère public d'arrêter les procédures et de les reprendre plus tard dans le but de contourner une décision défavorable relativement à la preuve, constitue un abus de procédure qui enfreint la *Charte*, de sorte que les déclarations de culpabilité doivent être infirmées. La question est, selon moi, de savoir si, après que l'accusé a été mis en péril en inscrivant un plaidoyer à une accusation, le ministère public peut arrêter les procédures et reprendre de nouvelles procédures pour contourner une décision défavorable du juge du procès.

Le droit relatif à l'abus de procédure

Notre Cour a reconnu l'existence de la notion d'abus de procédure, tout à fait indépendamment de la *Charte*. Un juge a le pouvoir d'arrêter des procédures ou de les annuler si elles sont oppressives ou vexatoires et si elles violent les principes fondamentaux de la justice selon lesquels la société définit son sens du franc-jeu et de l'équité. Ce pouvoir ne doit être exercé que «dans les cas les plus manifestes». Comme on l'a dit dans l'arrêt *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667:

Le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner une arrêt des procédures afin de remédier à un abus du processus judiciaire. Notre Cour a confirmé l'existence de ce pouvoir discrétionnaire «de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (*R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137, citant *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.)) Le pouvoir du juge ne doit s'exercer que dans les «cas les plus manifestes» (*Jewitt*, précité, à la p. 137).

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète

(*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, per Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings.

In summary, abuse of process may be established where: (1) the proceedings are oppressive or vexatious; and, (2) violate the fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The concepts of oppressiveness and vexatiousness underline the interest of the accused in a fair trial. But the doctrine evokes as well the public interest in a fair and just trial process and the proper administration of justice. I add that I would read these criteria cumulatively. While Wilson J. in *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59, used the conjunction "or" in relation to the two conditions, both concepts seem to me to be integral to the jurisprudence surrounding the remedy of a stay of proceedings and the considerations discussed in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, and *R. v. Conway*, *supra*. It is not every example of unfairness or vexatiousness in a trial which gives rise to concerns of abuse of process. Abuse of process connotes unfairness and vexatiousness of such a degree that it contravenes our fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process. To borrow the language of *Conway*, the affront to fair play and decency must be disproportionate to the societal interest in prosecution of criminal cases.

I move from the general principle to the concerns raised by the Crown's conduct in this case. The submissions made to us, as reflected in the reasons of Cory J., focused in part on the issue of whether there was evidence of prosecutorial mis-

nos valeurs fondamentales en tant que société». (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures.

En résumé, l'abus de procédure peut avoir lieu si: (1) les procédures sont oppressives ou vexatoires; et (2) elles violent les principes fondamentaux de justice sous-jacents au sens de l'équité et de la décence de la société. La première condition, à savoir que les poursuites sont oppressives ou vexatoires, se rapporte au droit de l'accusé d'avoir un procès équitable. Cependant, la notion fait aussi appel à l'intérêt du public à un régime de procès justes et équitables et à la bonne administration de la justice. J'ajouterais que j'interprète ces conditions de façon cumulative. Bien que, dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659, le juge Wilson ait utilisé la conjonction «ou» à l'égard de ces deux exigences, elles me paraissent toutes deux des composantes essentielles exprimées dans la jurisprudence touchant l'arrêt des procédures et figurent toutes deux parmi les considérations mentionnées dans les arrêts *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, et *R. c. Conway*, précité. Ce ne sont pas toutes les occasions d'inéquité ou de conduite vexatoire dans un procès qui soulèvent la question de l'abus de procédure. L'abus de procédure renvoie à un de degré tel d'inéquité ou de conduite vexatoire qu'il porte atteinte aux notions fondamentales de justice et de ce fait attaque l'intégrité du processus judiciaire. Selon les termes utilisés dans l'arrêt *Conway*, l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies.

Je passe des principes généraux aux questions soulevées par les agissements du ministère public en l'espèce. Les représentations qu'on nous a faites, comme elles ressortent des motifs du juge Cory, ont porté, entre autres, sur la question de

conduct or bad faith in this case. While these may be factors in determining whether an abuse of process has been established, they are neither necessary nor sufficient. In *R. v. Keyowski, supra*, Wilson J., speaking for the Court, stated, at p. 659:

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine. In this case, for example, where there is no suggestion of misconduct, such a definition would prevent any limit being placed on the number of trials that could take place. Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's exercise of its discretion to re-lay the indictment amounts to an abuse of process.

While prosecutorial misconduct or bad faith *per se* may not be at issue, this case raises three concerns which have been addressed by the courts in the context of abuse of process. The first is the evil of "judge-shopping". The second is concern for the impartiality of the administration of justice, both real and perceived. The third concerns the need to uphold the dignity of the judiciary and judicial process.

The concern with "judge-shopping" arises from the use of the stay to avoid the consequences of an unfavourable ruling. Normally, Crown counsel faced with an unfavourable ruling is expected to accept it. The remedy is by way of appeal. To permit the Crown to stay a proceeding because of an unfavourable ruling and then reinstate the proceeding before a different judge in the hope of a different ruling is obviously to condone, in some sense, judge-shopping, notwithstanding that the Crown's motive may have been honourable.

Such conduct also raises concern for the impartiality of the administration of justice, real and perceived. The use of the power to stay, combined

savoir s'il y avait des indices de conduite blâmable ou de mauvaise foi de la part de la poursuite en l'espèce. Bien que ce soient là des facteurs à considérer pour déterminer si l'abus de procédure a été prouvé, ils ne sont ni nécessaires ni suffisants. Dans l'arrêt *R. c. Keyowski*, précité, le juge Wilson a dit au nom de la Cour, à la p. 659:

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. Dans le cas présent, par exemple, où il n'y a pas d'allégation de conduite blâmable, cette définition viendrait empêcher qu'une limite quelconque soit imposée au nombre de procès qui pourraient avoir lieu. La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, l'exercice par le ministère public de son pouvoir discrétionnaire de présenter de nouveau l'acte d'accusation équivaut à un abus de procédure.

Bien qu'une conduite blâmable ou la mauvaise foi de la part de la poursuite en elles-mêmes ne soient peut-être pas en cause, l'affaire devant nous soulève trois questions que les tribunaux ont examinées dans le cadre de l'abus de procédure. La première est la pratique répréhensible de la «quête au juge». La seconde est celle de l'impartialité de l'administration de la justice, dans les faits et selon la manière dont elle est perçue. La troisième est celle de la nécessité de préserver la dignité de la magistrature et du système judiciaire.

La question de la «quête au juge» vient du recours à l'arrêt des procédures pour contourner les conséquences d'une décision défavorable. Normalement, le substitut de procureur général placé devant une décision défavorable est censé l'accepter. Le recours est celui de l'appel. Permettre au ministère public d'arrêter les procédures à cause d'une décision défavorable et de les reprendre devant un autre juge dans l'espoir d'obtenir une décision différente équivaut manifestement à excuser, dans un certain sens, la quête au juge; le fait que les mobiles du ministère public aient été louables n'y change rien.

Cette conduite pose le problème de l'impartialité de l'administration de la justice, dans la réalité et selon la manière dont elle est perçue. Utiliser le

with reinstatement of proceedings as a means of avoiding an unfavourable ruling, gives the Crown an advantage not available to the accused. An accused's only remedy for an unfavourable ruling is an appeal: the Crown, if conduct such as that raised in this case is condoned, has a choice of whether to stay and start afresh before a new judge or to appeal. Absolute equality between the prosecution and the defence may not be possible. But good reasons must exist if the Crown, which already has at its disposal the superior resources of the state, is to be given an advantage such as this.

Finally, the case raises concerns for the dignity of the judiciary and the integrity of the judicial process. The normal and proper operation of the judicial system contemplates that judicial errors be corrected through the appeal process. That process should not be subverted without good reason. From the point of view of theory, an order or ruling stands as valid until set aside on appeal. Any other assumption leads to uncertainty and confusion. It may, moreover, result in the "error" of one trial judge being implicitly "corrected" by another judge of the same level. This is precisely what happened in the case at bar; Locke Dist. Ct. J. was called upon to quash the second proceeding, and German Dist. Ct. J. was called upon during that proceeding to make a ruling at odds with that of the first judge. Lamer J. (as he then was) warned against these evils in *R. v. Moore*, [1988] 1 S.C.R. 1097, at p. 1130, a case concerned with the legitimacy of new proceedings after the quashing of an information for failure to allege a material averment:

... this is no reason to allow the Crown to lay an amended charge once the accused has been acquitted, albeit by error. The trial judge's decision is open to appeal. Assuming error is found, the Court of Appeal will direct him to amend and hear the case, or will amend the charge itself and then return the file to the judge for trial on the amended charge. The fact that this will result in the accused being tried on the amended charge in any event, is no reason for downgrading the "quashing" so as to permit the Crown to relay an amended charge without facing a special plea. When a

pouvoir d'arrêter les procédures et les reprendre plus tard comme moyen de se soustraire à une décision défavorable donne à la poursuite un avantage dont l'accusé ne peut se prévaloir. Le seul recours de l'accusé en cas de décision défavorable est l'appel. Si on excuse la conduite dont il est question en l'espèce, le ministère public a deux recours: arrêter les procédures et les recommencer à neuf devant un nouveau juge ou interjeter appel. L'égalité absolue entre le ministère public et la défense n'est peut-être pas possible. Mais il faut qu'il y ait de bonnes raisons pour que le ministère public, qui dispose déjà des ressources plus importantes de l'État, soit autorisé à se prévaloir d'un avantage comme celui-là.

Enfin, l'affaire soulève la question de la dignité de la magistrature et celle de l'intégrité du système judiciaire. Le fonctionnement normal et ordinaire du système judiciaire veut que les erreurs judiciaires soient corrigées par le processus d'appel. Il ne faut pas détourner ce processus de ses fins sans de bonnes raisons. En théorie, une ordonnance ou une décision est valide jusqu'à ce qu'elle ait été infirmée en appel. Toute autre hypothèse provoque l'incertitude et la confusion. Elle peut, de plus, avoir comme conséquence que l'«erreur» d'un juge du procès soit implicitement «corrigée» par un autre juge du même niveau. C'est précisément ce qui s'est produit ici; on a demandé au juge Locke de la Cour de district d'infirmar la deuxième procédure et on a demandé au juge German pendant cette procédure, de rendre une décision contraire à celle du premier juge. Le juge Lamer, alors juge puné, a signalé ce danger dans l'arrêt *R. c. Moore*, [1988] 1 R.C.S. 1097, à la p. 1130. Cette affaire-là portait sur la légalité de nouvelles procédures après l'annulation de la dénonciation pour absence d'une allégation essentielle:

... ce n'est pas une raison pour permettre à la poursuite de déposer une accusation modifiée lorsque l'accusé a été acquitté, même par erreur. Il peut être interjeté appel de la décision du juge du procès. Si l'on présume qu'il a commis une erreur, la Cour d'appel lui ordonnera d'apporter une modification et d'entendre l'affaire ou modifiera l'accusation elle-même pour ensuite renvoyer le dossier au juge pour qu'il instruisse l'accusation modifiée. Même si de toute façon l'accusé finira par subir son procès relativement à l'accusation modifiée, cela ne constitue pas un motif pour minimiser l'importance de

judge quashes under s. 529, that decision is deemed without error until reversed by a Court of Appeal. Otherwise the second judge, ordinarily of the same jurisdiction, when assessing whether the "quashing" is or is not tantamount to an acquittal for the purpose of determining whether there is *autrefois acquit*, would have to determine whether his colleague was or was not in error in deciding to quash.

These concerns are underlined in a series of cases dealing with the refusal by a trial judge to grant the Crown's request for an adjournment, usually as a result of the unavailability of a key witness. In the first of the three cases I will refer to, the Crown stayed proceedings pursuant to s. 508 of the *Code* and then laid a new information in order to re-institute proceedings. In the latter two cases, the Crown simply attempted to withdraw the charge with a view to relaying it and proceeding when the witness relied upon was available. I propose to quote from each of these three cases—all of which resulted in the Court's ordering a stay of proceedings—in order to capture some of the concerns to which I have alluded:

It is not the function of this Court to review the discretion of the Judge who refused the adjournment of the first information. Whatever dilemma the prosecution may face in subjecting a discretionary ruling of a lower Court to the scrutiny of a higher Court, the procedural expediency adopted in this case cannot be countenanced as a substitute for an appeal or prerogative proceeding . . .

It is not too difficult to contemplate the evils where such a procedure could be extended to manoeuvre any trial proceeding before a Judge of choice.

Per Jones Prov. Ct. J. in R. v. McAnish and Cook (1973), 15 C.C.C. (2d) 494 (B.C.), at p. 495.

It seems quite apparent that the purported withdrawal of the informations at that stage after an unsuccessful attempt for an adjournment, was a move designed to circumvent the Judge's ruling which they found unsatis-

l'annulation» de manière à permettre à la poursuite de déposer à nouveau une accusation modifiée sans se voir opposer une défense spéciale. Lorsqu'un juge ordonne l'annulation en vertu de l'art. 529, cette décision est réputée être sans erreur jusqu'à ce qu'elle soit infirmée par la Cour d'appel. Sinon, au moment d'évaluer si l'annulation équivaut à un acquittement aux fins de déterminer s'il y a autrefois acquit, il faudrait que le second juge, d'habitude du même ressort que son collègue, détermine si ce dernier a commis une erreur en décidant d'ordonner l'annulation.

Ces thèmes sont réitérés par une jurisprudence qui porte sur le refus par le juge du procès d'accéder à une demande de remise faite par le ministère public, ordinairement parce qu'un témoin important ne peut déposer. Dans la première des trois affaires que je mentionnerai, le ministère public a arrêté les procédures en vertu de l'art. 508 du *Code* et a ensuite déposé de nouvelles dénonciations afin de reprendre les procédures. Dans les deux autres, le ministère public a simplement essayé de retirer l'accusation avec l'intention de la porter à nouveau quand le témoin en cause serait en mesure de déposer. Je me propose de citer des passages de ces trois arrêts—qui ont tous donné lieu à une ordonnance d'arrêt des procédures par la cour—afin d'illustrer les questions dont j'ai voulu parler:

[TRADUCTION] Il n'entre pas dans les attributions de cette cour de réviser l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge qui a accordé la remise d'instance sur la première dénonciation. Quel que soit le dilemme que le ministère public doit résoudre pour soumettre une décision relevant du pouvoir discrétionnaire d'une cour d'instance inférieure à l'examen d'une cour d'instance supérieure, on ne saurait approuver le stratagème de procédure adopté en l'espèce au lieu d'un appel ou d'une procédure d'exception . . .

Il n'est pas très difficile de prévoir les conséquences malsaines qu'entraînerait une telle procédure si on permettait d'y avoir recours pour laisser quelqu'un amener n'importe quel procès devant un juge de son choix.

Le juge Jones, de la Cour provinciale, dans *R. v. McAnish and Cook* (1973), 15 C.C.C. (2d) 494 (C.-B.), à la p. 495.

[TRADUCTION] Il apparaît très clair que le prétendu retrait des dénonciations à cette étape après une vaine tentative d'obtenir une remise constituait un moyen de contourner la décision du juge qu'ils ne trouvaient pas à

factory . . . The Crown have [*sic*] simply ignored the dismissals of the Court and re-laid the informations.

When the accused is brought back to face the same charge, that was disposed of by the Court, without any ruling by a higher Court as to the propriety of the lower Court's ruling, it does not appear to the accused or the public, that the administration of justice is impartial, but rather that it is something to be manipulated by the Crown.

Per Crossland Prov. Ct. J. in *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273 (Ont.), at pp. 278 and 283.

I find that the procedure adopted by the Crown in this case of withdrawing the charge and re-laying it subsequently was calculated to circumvent the Judge's refusal to grant an adjournment. It was an affront to the dignity both of the Provincial Court Judge and the relevant appellate authorities. More important, it constituted an attack upon the judicial system itself by an endeavour to bypass or disregard judicial authority in an endeavour to take the control of a criminal proceeding out of the hands of the appropriate judicial officer.

Per Vanek Prov. Ct. J. in *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 (Ont.), at pp. 317-18.

I recognize that each of these cases can be readily distinguished from the present case; indeed, a key factor mentioned in *R. v. McAnish and Cook* was that the Crown laid a new information instead of proceeding as permitted by s. 508(2) of the *Criminal Code*, as the Crown did here. Nevertheless, the concerns which they enunciate are the very concerns raised in this case. They suggest at the very least that each concern must be carefully considered to ensure that the unfairness and oppressiveness amounting to abuse of process are not present here.

Application of the Law to the Facts of This Case

The Court of Appeal found there was no abuse of process or *Charter* violation in the Crown's staying of proceedings before the first judge after the adverse ruling, and then recommencing them before a new judge. It stated that Crown counsel was not simply circumventing an unfavourable ruling, but was protecting an important public

leur convenance. [. . .] Le ministère public a simplement passé outre aux rejets par la cour et repris les dénonciations.

Quand un accusé est ramené au tribunal pour faire face à une accusation qu'une cour a déjà rejetée, alors qu'aucune cour supérieure ne s'est prononcée sur la validité du rejet, il n'apparaît ni à l'accusé, ni à la société que l'administration de la justice est impartiale, mais il leur apparaît plutôt qu'elle est manipulée par le ministère public.

Le juge Crossland, de la Cour provinciale, dans *R. v. Scheller (No. 1)* (1976), 32 C.C.C. (2d) 273 (Ont.), aux pp. 278 et 283.

[TRADUCTION] Je trouve que la procédure utilisée par le ministère public en l'espèce de retirer l'accusation pour la porter à nouveau plus tard visait à contourner le refus du juge d'accorder une remise d'audience. C'était à la fois un affront à la dignité du juge de la cour provinciale et à celle des instances d'appel compétentes. De plus, elle comportait une atteinte au système judiciaire lui-même en tant que tentative de contourner ou de discréditer l'autorité judiciaire et d'évincer de son rôle l'autorité judiciaire compétente.

Le juge Vanek, de la Cour provinciale, dans *R. v. Weightman and Cunningham* (1977), 37 C.C.C. (2d) 303 (Ont.), aux pp. 317 et 318.

Je reconnais qu'il est possible de faire des distinctions entre ces trois décisions et la présente affaire; un facteur déterminant mentionné dans la décision *R. v. McAnish and Cook* tient à ce que le ministère public a porté de nouvelles accusations plutôt que de procéder en vertu du par. 508(2) du *Code criminel*, comme il l'a fait ici. Néanmoins, les questions en cause sont celles-là mêmes qui sont en cause en l'espèce. Elles indiquent au moins qu'il faut examiner soigneusement chaque question pour vérifier qu'il n'y a, en l'espèce, ni inéquité, ni oppression de nature à constituer un abus de procédure.

Application du droit aux faits de l'espèce

La Cour d'appel a conclu qu'il n'y avait ni abus de procédure, ni violation de la *Charte* du fait que le ministère public avait arrêté les procédures devant le premier juge après la décision défavorable et les avait recommencées devant un autre juge. Elle a déclaré que le substitut du procureur général ne cherchait pas simplement à contourner

interest. Observing that the use of a stay must remain subject to judicial review, it concluded that “having regard to the public interests with which the Crown was concerned, there was compelling reason to stay the proceedings”.

In essence, the Court of Appeal is saying that the use of a stay to circumvent an adverse ruling is legitimate because the Crown had a good reason founded in public interest for following the course it did. I question whether such reasoning is sufficient to avoid the inference of abuse of process. As this Court stated in *Keyowski, supra*, the Crown’s good faith and motive are only two of the factors to be considered in determining whether an abuse of process is made out. The same has repeatedly been held with respect to *Charter* breaches; under the *Charter* lack of good faith and motive are irrelevant on the question of whether the accused’s rights have been breached, although they may be considered under s. 24(2) in determining the use to which evidence obtained as a result of a breach may be put. It would appear at least necessary to take the further step of examining the magnitude of the affront to justice and fairness against the public interest in prosecution. The reasoning of the Court of Appeal, moreover, fails to fully address the real concerns raised by the Crown’s conduct—concerns relating to judge-shopping, the impartiality of the administration of justice and the integrity and dignity of the judicial process.

I have the same concerns with regard to the reasons of my colleague, Cory J. He, too, emphasizes that the Crown acted in good faith and that its actions were not abusive, in the sense that they were aimed at protecting the identity of a police informer. This, while relevant, is insufficient in itself to justify an abuse of process.

Cory J. makes two further points. The Crown, he says, had no alternative but to stay the trial in order to fulfil its duty. I cannot agree. The Crown,

une décision défavorable, mais qu’elle protégeait un intérêt important de la société. Après avoir fait remarquer que l’utilisation de l’arrêt des procédures devait continuer d’être soumis au contrôle judiciaire, la cour a conclu que [TRADUCTION] «une raison impérieuse commandait l’arrêt des procédures, eu égard aux considérations d’intérêt public dont le ministère public devait tenir compte».

Essentiellement, la Cour d’appel dit que le recours à l’arrêt des procédures pour contourner une décision défavorable est légitime parce que le ministère public avait un motif valable, fondé sur l’intérêt public, d’agir comme il l’a fait. Je conteste qu’un tel raisonnement suffise pour éviter la conclusion qu’il y a eu abus de procédure. Comme notre Cour l’a dit dans l’arrêt *Keyowski*, précité, la bonne foi du ministère public et ses motifs ne sont que deux des nombreux facteurs dont il faut tenir compte pour savoir si l’abus de procédure est avéré. Le même jugement a été rendu à plusieurs reprises à l’égard de violations de la *Charte*: l’absence de bonne foi et les motifs d’agir ne comptent pas pour savoir si les droits d’un accusé ont été enfreints, il peuvent cependant entrer en ligne de compte pour savoir, en vertu du par. 24(2), quelle utilisation on peut faire des éléments de preuve obtenus par une violation de la *Charte*. Il semblerait nécessaire, tout au moins, de passer à l’étape suivante et d’examiner l’ampleur du manquement à la justice et à l’équité en regard de l’intérêt de la société à assurer que les infractions soient poursuivies. Le raisonnement de la Cour d’appel laisse aussi de côté des problèmes réels que soulèvent les agissements du ministère public, c’est-à-dire ceux qui ont trait à la quête au juge, à l’impartialité de l’administration de la justice et à l’intégrité et à la dignité du processus judiciaire.

Les motifs de mon collègue le juge Cory suscitent chez moi les mêmes préoccupations. Lui aussi souligne que le ministère public a agi de bonne foi et que son comportement n’était pas abusif, puisqu’il visait à protéger l’identité d’un indicateur. Même si cette question est pertinente, elle ne suffit pas, à elle seule, à justifier un abus de procédure.

Le juge Cory invoque deux autres arguments. Selon lui, le ministère public n’avait pas d’autre choix que d’arrêter les procédures pour remplir son

faced with the evidentiary ruling which might have led to disclosure of the informer's identity, could have stood the witness down and declined to call further evidence. The result would probably have been an acquittal. The Crown then could have appealed the acquittal on the ground of the judge's erroneous ruling in the usual way, asking for a new trial. This is what happened in *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164. There the Ontario Court of Appeal allowed an appeal from an acquittal made after the Crown declined to lead evidence following an adverse ruling. Martin J.A. stated at p. 169:

We do not think that the Crown, in the circumstances, is precluded from appealing the directed verdict because Crown counsel decided not to continue with the trial which he considered would be fruitless and which would not result in a conviction due to the erroneous exclusion of vital evidence. We are satisfied that if the trial judge had not excluded the evidence of the intercepted private communications the verdict of the jury would not necessarily have been the same.

If the Crown had followed this course in the case at bar the concerns to which I have alluded would have been avoided. The Crown could not be accused of judge-shopping, since the new trial would be the result of a court decision rather than a Crown decision. Concerns for the impartiality of the administration of justice would not arise, since the critical decision would be made by the Court of Appeal where the accused may be fully heard. And the integrity and dignity of the judicial process would be preserved, in that the adverse ruling would not be circumvented by the act of the Crown, but would be properly set aside by an appellate court.

Finally, Cory J. alludes to the fact that the accused was not prejudiced by way of delay since he was at all times in custody on another matter. Generally speaking (and leaving to one side the

devoir. Je ne puis être d'accord. Vu la décision relative à la présentation de la preuve qui pouvait amener la révélation de l'identité d'un indicateur, le ministère public pouvait dispenser le témoin de déposer et ne pas soumettre d'autre élément de preuve. Il en serait probablement résulté un acquittement de l'accusé. Le ministère public aurait pu alors interjeter appel de l'acquittement selon la procédure normale en invoquant l'erreur du juge du procès et demander la tenue d'un nouveau procès. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *R. v. Banas and Haverkamp* (1982), 36 O.R. (2d) 164. Dans cette affaire-là, la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté de l'acquittement prononcé après que le ministère public eut refusé de présenter d'autres éléments de preuve après une décision défavorable. Le juge Martin dit ceci à la p. 169:

[TRADUCTION] Nous ne croyons pas qu'en l'espèce, le ministère public soit empêché d'interjeter appel du verdict commandé parce que le substitut du procureur général a décidé de ne pas poursuivre le procès qu'il jugeait sans objet et devant inévitablement conduire à l'acquittement après l'exclusion erronée, d'éléments de preuve essentiels. Nous sommes convaincus que, si le juge du procès n'avait pas écarté la preuve des communications privées obtenues par interception, le verdict du jury n'aurait pas été nécessairement le même.

Si le ministère public avait adopté cette solution en l'espèce, il n'y aurait pas lieu de se poser les questions dont j'ai fait état précédemment. Le ministère public ne saurait être accusé de quête au juge puisque le nouveau procès aurait découlé d'une décision judiciaire plutôt que d'une décision du ministère public. Les craintes au sujet de l'impartialité de l'administration de la justice ne se présenteraient pas puisque la décision déterminante serait celle de la Cour d'appel auprès de laquelle l'accusé aurait eu toute possibilité de se faire entendre. De plus l'intégrité et l'impartialité de l'administration de la justice seraient sauves parce que la décision défavorable n'aurait pas été contournée par le ministère public, mais elle aurait été régulièrement infirmée par une cour d'appel.

Enfin, le juge Cory mentionne le fait que l'accusé n'a pas souffert du délai parce que, pendant toute la période, il était incarcéré pour une autre affaire. De façon générale (à part la question des

question of trial delay under s. 11(b) of the *Charter* where differing views have been expressed) it is not incumbent upon an accused to demonstrate actual prejudice as a condition of being able to rely on his *Charter* rights. Nor does prejudice figure prominently in the jurisprudence on abuse of process.

Finding myself unconvinced by the reasons enunciated in the court below or by Cory J. for the proposition that abuse of process or breach of the *Charter* has not been made out, I find it necessary to embark on my own analysis. Guidance as to the content of “oppressive”, “vexatious” and “contrary to the fundamental principles of justice”, the basic test for abuse of process, may be had from the cases which have considered that doctrine. Those cases invoke concerns for the fairness of the process from the vantage point of the accused as well as the public interest in proper functioning of the judicial system. The specific concerns raised in this case involve the spectre of judge-shopping, concern for impartiality of the judicial process, and concern for the maintenance of the integrity and dignity of the judicial system and the judges within it. These concerns must be balanced against the public interest in prosecuting crimes to ascertain whether they outweigh that interest with the result that allowing the proceedings to stand would tarnish the image of the court.

Each of the concerns I have raised may be seen to involve a fundamental principle of justice underlying our community’s sense of fair play and justice. A system that allows the Crown an advantage in choosing or changing judges, a system which either in fact or appearance is partial, a system which permits a judge’s ruling to be circumvented other than by the normal appeal process—such a system would be open to the charge that it offended the fundamental principles of justice upon which our society rests. By the same token, proceedings which permit such abuses might be characterized as “vexatious” or “unfair”.

The question is whether the apparent concerns are of such gravity that they may be said to

délais du procès soulevée en vertu de l’al. 11b) de la *Charte*, au sujet duquel les avis sont partagés) l’accusé n’a pas l’obligation d’établir l’existence d’un tort réel pour faire valoir les droits que la *Charte* lui confère. La jurisprudence relative à l’abus de procédure ne parle pas non plus beaucoup du tort subi par l’accusé.

N’étant pas convaincue par les motifs énoncés par la Cour d’appel et par le juge Cory, qu’on n’a pas fait la preuve d’un abus de procédure ou d’une violation de la *Charte*, j’estime nécessaire de procéder à ma propre analyse. On peut trouver, dans la jurisprudence qui porte sur ce sujet, des indications sur le sens d’«oppressif», de «vexatoire» et de «contraire aux principes fondamentaux de la justice», ce sens constituant le critère principal de l’abus de procédure. Cette jurisprudence fait appel à la notion d’équité du processus aussi bien du point de vue de l’accusé qu’en fonction de l’intérêt du public dans le fonctionnement approprié du système judiciaire. Les questions précises que soulève la présente affaire sont le spectre de la quête au juge, celle de l’impartialité du système judiciaire et celle de la préservation de l’intégrité et de la dignité du système judiciaire et des juges qui en font partie. Ces préoccupations doivent être prises en compte eu égard à l’intérêt public à réprimer le crime; si elles prévalent, la confirmation des procédures aurait pour effet d’entacher l’image de la justice.

On peut considérer que chacune des préoccupations que j’ai mentionnées met en jeu un principe de justice fondamentale qui sous-tend le sens de l’équité et de la justice qui prévaut dans notre société. Un système qui laisse au ministère public l’avantage de choisir le juge ou de le changer, un système qui est en fait ou en apparence partial, un système qui permet de contourner la décision d’un juge autrement que par la voie normale de l’appel, est un système qui prête flanc au reproche de ne pas respecter les principes fondamentaux de justice sur lesquels notre société repose. Pour les mêmes raisons, des procédures qui autorisent un tel abus pourraient être qualifiées de «vexatoires» ou d’«inévitables».

La question est de savoir si ces préoccupations apparentes ont une gravité telle qu’on puisse dire

outweigh the public interest. In my view the answer is yes. The public has an interest in prosecuting crimes as well as in protecting the identity of informers. But, as I have already suggested, both these interests could have been met by adopting the alternative of calling no further evidence and appealing the resulting acquittal. In these circumstances, it cannot be said that the public interest justifies or offsets the affront to justice and fairness involved in the course the Crown chose to follow. The situation, moreover, falls within the rubric of "the clearest of cases". The deviation from the fundamental principles of justice is clear and, being unnecessary, incapable of justification. I conclude that the requirements for abuse of process are clearly met in this case.

I conclude that the Crown's conduct in staying the proceedings to avoid an adverse judicial ruling and then recommencing them establishes the case for abuse of process. Having so concluded, it is unnecessary to consider the position under the *Charter*. I leave the question of remedy to later in these reasons.

The Trial Judge's Refusal to Receive the Evidence of Ross

In the course of the second trial, the trial judge granted an adjournment so the defence could subpoena a witness named Ross whom the defence wished to question on the issue of entrapment. Ross did not arrive until counsel for the Crown and for one of the accused had completed their submissions. The trial judge refused to permit Ross to be called at this stage.

The record in the case on appeal reveals there was evidence that the first conversation between the police officer and the appellant took place at Ross's auto body shop, that the police officer had previous knowledge of Ross, and that the police officer and Ross were talking when the appellant arrived. There was also evidence that the appellant had bought a car from Ross which he later used as collateral in the drug transaction with the police officer. And, finally, there was evidence that Ross was arrested "in relation to these matters", simultaneously with the appellant and his co-accused,

qu'elles l'emportent sur l'intérêt de la société. À mon avis, la réponse est oui. La société a intérêt à traduire les criminels en justice et à protéger l'identité des indicateurs. Mais j'ai déjà mentionné que ces intérêts auraient pu être préservés en arrêtant la présentation de la preuve et en interjetant appel de l'acquiescement qui serait inévitablement intervenu. Dans ces circonstances, on ne peut soutenir que l'intérêt de la société justifie ou compense l'atteinte à la justice et à l'équité que comportait l'action du ministère public. De plus, la situation appartient à la catégorie des «cas les plus manifestes». L'écart des principes fondamentaux de justice est manifeste et, puisqu'il est inutile, il se saurait se justifier. Je conclus que les conditions pour qu'il y ait abus de procédure sont réalisées.

Je conclus que l'action du ministère public d'arrêter les procédures pour contourner une décision défavorable et de les reprendre plus tard constitue un abus de procédure. Puisque je suis arrivée à cette conclusion, il est inutile que j'examine la question eu égard à la *Charte*. J'aborderai plus loin la question du redressement.

Le refus du juge de première instance d'entendre la déposition de Ross

Au cours du second procès, le juge a accordé une remise d'audience pour permettre à la défense de convoquer un témoin nommé Ross que la défense voulait interroger en rapport avec la question de provocation policière. Ross ne s'est pas présenté avant que le substitut du procureur général et l'avocat d'un des accusés aient terminé leurs plaidoiries. Le juge a refusé de laisser témoigner Ross à cette étape.

Le dossier du présent pourvoi indique qu'il existe des éléments de preuve selon lesquels la première conversation qui a eu lieu entre l'agent de police et l'appellant s'est produite à l'atelier de tôlerie automobile de Ross, que l'agent de police connaissait déjà Ross et que celui-ci et l'agent de police conversaient ensemble quand l'appellant est arrivé. La preuve indique aussi que l'appellant avait acheté de Ross une automobile qu'il a plus tard donnée en garantie dans un marché de drogue conclu avec l'agent de police. Enfin, selon la preuve, Ross a été arrêté [TRADUCTION] «en rap-

and that there were no reasonable and probable grounds to arrest Ross. The charges against Ross were not proceeded with.

This evidence suggests that Ross was connected with the transaction giving rise to the charges. It is sufficient to raise questions about the nature of his involvement. One of the explanations might have been that he assisted in entrapping the accused. Notwithstanding the lack of other positive evidence to that point indicating entrapment, I cannot concur in the view that there was "no real basis for permitting Ross to testify".

Notwithstanding the possible relevance of Ross's evidence, I would not interfere with the trial judge's exercise of her discretion to refuse to hear Ross, had the proposed evidence related to the merits of the case.

This, however, was not the case in my view. Ross's evidence was tendered not on the principal question of guilt or innocence, but on the subsidiary issue of entrapment. The issue of entrapment must be determined apart from the issue of guilt or innocence: *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903. It is a policy-related issue. The only question is whether the entrapment constitutes an abuse of process requiring that the proceedings be stayed or set aside. The distinction between the question of guilt or innocence, and the subsidiary issue of entrapment, is underlined by the fact that in a jury trial the issue of entrapment is decided by the trial judge alone, after the jury has returned its verdict on the guilt or innocence of the accused.

This Court has not yet laid down a definitive procedure to govern the issue of entrapment, apart from emphasizing that the question is separate from the trial *per se*. As Lamer J. (as he then was) stated in *Mack*, at p. 972:

port avec ces opérations» en même temps que l'appelant et son coaccusé et il n'y avait pas de motif raisonnable et probable d'arrêter Ross. Les accusations portées contre Ross n'ont donné lieu à aucune autre procédure.

Ces éléments de preuve laissent croire que Ross avait quelque chose à voir avec les opérations qui ont donné lieu aux accusations. Ils suffisent à provoquer un doute sur la nature de sa participation. Une des explications possibles est celle qu'il aurait aidé les policiers à piéger l'accusé. Malgré l'absence de tout autre élément de preuve qui indique une provocation policière, je ne puis être d'accord avec l'avis qu'il n'y avait «aucun fondement dans la preuve qui puisse justifier la décision de permettre à Ross de témoigner».

Malgré la pertinence possible de la déposition de Ross, je n'interviendrais pas dans l'exercice par le juge de première instance de son pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre la déposition de Ross, si les éléments de preuve portaient sur le fond de l'affaire.

À mon avis, ce n'était pas le cas. La déposition de Ross n'aurait pas porté sur la question principale de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé, mais sur la question accessoire de la provocation policière. La question de la provocation policière doit être tranchée indépendamment de celle de la culpabilité ou de l'innocence: *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903. C'est une question qui relève de la politique judiciaire. La seule question à trancher est de savoir si la provocation policière constitue un abus de procédure qui exige que les procédures soient arrêtées ou infirmées. La distinction entre la question de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé et la question accessoire de la provocation policière ressort de ce que, dans un procès avec jury, la question de la provocation est tranchée par le juge du procès seul, après que le jury a rendu son verdict sur la culpabilité ou l'innocence de l'accusé.

Notre Cour n'a pas encore établi de procédure définitive pour régir la question de la provocation policière, sauf qu'elle a souligné que cette question était distincte du procès proprement dit. Le juge Lamer, alors juge puîné, disait dans l'arrêt *Mack*, à la p. 972:

... the guilt or innocence of the accused must be determined apart from evidence which is relevant only to the issue of entrapment. This protects the right of an accused to an acquittal where the circumstances so warrant. If the jury decides the accused has committed all of the elements of the crime, it is then open to the judge to stay the proceedings because of entrapment by refusing to register a conviction. It is not necessary nor advisable in this case to expand on the details of procedure ... the guilt or innocence of the accused is not in issue at the time an entrapment claim is to be decided ... [Emphasis in original.]

At the time when Ross appeared, the trial on the issue of guilt or innocence was in the process of being concluded. The evidence was in and the submissions of law were underway. The question is whether it was too late at this point to raise the issue of entrapment. The trial judge held it was, treating the issue of entrapment as one which must be raised in the course of the trial proper. Thus she said: "There is no evidence in this trial that [Ross] would assist in an entrapment defence. So I can't see the purpose." [Emphasis added.]

Following the logic in *Mack*, I think the answer to the question of whether it was too late to receive the evidence of Ross because the relevance of his evidence had not been established in the course of the trial must be negative. Without deciding that evidence of entrapment cannot or should not be led during the course of a trial directed to determining the guilt or innocence of the accused, *Mack* seems to make it clear that the decision on entrapment is one which must be made separately from the issue of guilt or innocence. In these circumstances, I think the accused should have the right, if he or she wishes, to call evidence as to entrapment, after the case on guilt or innocence is completed. In many cases, it will be to the advantage of the accused to delay the evidence on entrapment to this stage. For example, the accused might not wish to take the stand during the trial of guilt or innocence, as is his or her right, but might wish to do so later on the subsequent issue of entrapment. Implicit in the notion of entrapment is the conces-

... la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé doit être établie indépendamment de la preuve qui ne porte que sur la question de la provocation policière. Cela protège le droit de l'inculpé à un acquittement lorsque les circonstances le justifient. Si le jury décide que l'inculpé a commis tous les éléments du crime, il est libre alors au juge de suspendre l'instance pour cause de provocation policière, en refusant de prononcer une déclaration de culpabilité. Il n'est pas nécessaire ni avisé en l'espèce d'aller plus à fond dans les détails de la procédure. [...] la culpabilité ou l'innocence de l'inculpé n'est pas en cause au moment où il est statué sur la prétention de provocation policière ... [Souligné dans l'original.]

Quand Ross s'est présenté au tribunal, on en était à décider de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. La preuve était terminée et les plaidoiries étaient fort avancées. La question à trancher est de savoir s'il était trop tard pour soulever le moyen de la provocation policière. Le juge a conclu qu'il était trop tard, traitant la question de la provocation policière comme s'il fallait la soulever au cours du procès proprement dit. Elle a donc dit: [TRADUCTION] «Il n'y a donc pas d'élément de preuve, dans ce procès-ci, que [Ross] pourrait aider à établir la défense de provocation policière. Aussi je ne vois pas d'utilité à son témoignage.» [Je souligne.]

Selon la logique de l'arrêt *Mack*, je crois qu'il faut répondre non à la question de savoir s'il était trop tard pour recevoir la déposition de Ross parce que la pertinence de son témoignage n'avait pas été établie pendant le procès. Sans affirmer que les éléments de preuve au sujet de la provocation policière ne devraient ou ne pourraient pas être présentés dans le cours d'un procès qui vise à déterminer la culpabilité ou l'innocence de l'accusé, l'arrêt *Mack* semble indiquer clairement que la décision au sujet de la provocation policière doit se prendre de façon distincte de celle de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Dans ces circonstances, je crois que l'accusé aurait dû avoir le droit de présenter, s'il voulait le faire, des éléments de preuve après la présentation de la preuve relativement à son innocence ou à sa culpabilité. Dans de nombreux cas, il sera à l'avantage de l'accusé de remettre la présentation des éléments de preuve sur la provocation policière à cette étape. Par exemple, un accusé pourrait ne pas

sion of having committed at least the *actus reus* of the offence; fairness suggests that the accused should not be obliged to call evidence on this question until after the principal issue of his or her guilt or innocence has been determined. This is the logic behind the separation of process dictated by *Mack*.

In consequence, I am of the view that the trial judge did not have a discretion to refuse to accept the evidence of Ross on the issue of entrapment, provided that relevancy—the basic condition of the reception of any evidence—was established. The guilt or innocence of the accused not yet having been determined, the question of entrapment had not yet arisen for decision. The accused was entitled, if he chose, to call evidence relevant to entrapment after the verdict on his guilt. The trial judge did not let him do this. Unless the evidence was clearly irrelevant, that constituted an error. As I have already indicated, it was far from clear that Ross's evidence would have been irrelevant; one explanation for Ross's connection with the transaction could have been that he was used to entrap the accused.

Remedy

The appellant asks that the appeal be allowed and for a stay of proceedings or a new trial. Were the only error that of refusal to hear Ross, I would be inclined to direct a hearing on the issue of entrapment. However, the Crown's use of a stay and recommencement of proceedings constitutes an abuse of process which could not be rectified by a new trial. This suggests that the proper result is to allow the appeal and enter a stay of proceedings.

vouloir déposer au cours du procès relativement à son innocence ou à sa culpabilité, comme il en a le droit, mais pourrait vouloir le faire plus tard sur la question de la provocation policière. La notion de provocation policière comporte implicitement l'aveu d'avoir accompli l'*actus reus* de l'infraction; l'équité suppose que l'accusé ne devrait pas être obligé de soumettre des éléments de preuve sur ce sujet avant que la question principale de sa culpabilité ou de son innocence ait été tranchée. C'est la logique de la distinction de ces aspects du procès établie par l'arrêt *Mack*.

En conséquence, je suis d'avis que le juge du procès n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de refuser à Ross de soumettre des éléments de preuve sur le sujet de la provocation policière, à la condition que la pertinence de cette preuve soit vérifiée, comme c'est le cas pour tout genre de preuve. L'innocence ou la culpabilité de l'accusé n'ayant pas encore été déterminée, la question de la provocation policière n'avait pas encore été posée. L'accusé avait le droit, s'il voulait le faire, de présenter des éléments de preuve au sujet de la provocation policière après sa déclaration de culpabilité. Le juge du procès ne lui a pas permis de le faire. À moins que cette preuve soit tout à fait non pertinente, cela constitue une erreur. J'ai déjà signalé qu'il est loin d'être certain que le témoignage de Ross n'aurait pas été pertinent; une des explications du lien de Ross avec l'opération étant celle qu'il peut avoir été utilisé pour tendre un piège à l'accusé.

Le redressement

L'appelant nous demande d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un arrêt des procédures ou un nouveau procès. Si la seule erreur avait été le refus d'entendre la déposition de Ross, je serais d'avis d'ordonner la tenue d'une audition sur le sujet de la provocation policière. Cependant, le recours par le ministère public à l'arrêt et à la reprise des procédures constitue un abus de procédure qu'un nouveau procès ne corrigerait pas. Il en découle que le redressement approprié consiste à accueillir le pourvoi et à ordonner un arrêt des procédures.

Conclusion

I would allow the appeal and enter a stay of proceedings.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the judgment prepared in this appeal by Justice Cory. I agree with my colleague's reasons in respect of the appellant's arguments concerning s. 508 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and the cross-examination of the police officer. I am further of the view that the learned trial judge properly exercised her discretion in refusing to issue a material witness warrant. However, I respectfully disagree with my colleague on the issue of the propriety of the trial judge's refusal to reopen the case to permit the appellant to call the witness Ross, once it became apparent that Ross had appeared. With respect to this issue I agree with the conclusion reached by Justice McLachlin and with her reasons.

Notwithstanding error on the part of the trial judge, it does not follow that there need be a new trial. In view of the procedure required by *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, the substantive verdict of guilty rendered by the trial judge need not be disturbed, since the evidence relevant to a *Mack* application is not relevant to culpability: *Mack, supra*, at pp. 965, 972 and 975. In order to rectify the error and restore the appellant's opportunity to make full answer and defence, it is only necessary to vacate the formal conviction and remit the matter to the trial judge for an evidentiary hearing on the issue of entrapment. I would so order.

Appeal dismissed, LAMER C.J. and LA FOREST, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: Hamilton, Shilton & Shaw, Toronto.

Solicitor for the respondent: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the intervener: The Attorney General of Ontario, Toronto.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la suspension de l'instance.

^a Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement que le juge Cory a rédigés en l'espèce. Je partage son point de vue en ce qui a trait aux arguments de l'appellant relativement à l'art. 508 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, et au contre-interrogatoire de l'agent de police. Je suis de plus d'avis que le savant juge du procès a bien exercé son pouvoir discrétionnaire en refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel. Toutefois, je suis en désaccord avec mon collègue sur la question du bien-fondé du refus du juge du procès de rouvrir l'affaire pour permettre à l'appellant de citer le témoin Ross quand il est devenu évident que celui-ci s'était présenté. Je suis d'accord sur ce point avec la conclusion du juge McLachlin et avec ses motifs.

^e Nonobstant l'erreur du juge du procès, il n'est nécessaire de tenir un nouveau procès. Compte tenu de la procédure imposée par l'arrêt *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, il n'est pas nécessaire de modifier le verdict de culpabilité prononcé par le juge du procès puisque la preuve relative à une demande selon l'arrêt *Mack* ne porte pas sur la culpabilité: *Mack*, précité, aux pp. 965, 972 et 975. Pour corriger l'erreur et redonner à l'appellant la possibilité de présenter une défense pleine et entière, il suffit d'écartier la déclaration de culpabilité et de renvoyer la question au juge du procès pour que la preuve relative à la question de la provocation policière soit entendue. Je suis d'avis de rendre une ordonnance en ce sens.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges LA FOREST, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appellant: Hamilton, Shilton & Shaw, Toronto.

Procureur de l'intimée: John C. Tait, Ottawa.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jim A. McClurg *Respondent*

INDEXED AS: McCLURG v. CANADA

File No.: 20751.

1989: November 29; 1990: December 20.

Present: Dickson C.J.* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income Tax — Dividends — Attribution — Dividends declared and allocated to shareholders of a share class pursuant to discretion of directors — Other classes of shares not participating in dividend — Whether portion of dividend properly attributable to other classes of shares — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

Company law — Dividends — Discretionary dividend as declared and allocated at discretion of directors — Whether derogation of common law with respect to nature of shares or directors' duties — Whether permitted by Saskatchewan Business Corporations Act — Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, ss. 24(4), 40, 97, 234.

Respondent and his partner were the only directors of a closely held company incorporated under the Saskatchewan *Business Corporations Act*. The Articles of Incorporation provided for three categories of shares: Class A which are common, voting and participating shares; Class B which are common, non-voting and participating where authorized by the directors; and Class C which are preferred, non-voting shares. All three classes of shares carried "the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation". The two directors received no dividends on either their class A or class C shares during 1978, 1979 and 1980 but received salaries, bonuses, and bonus entitlements. Their wives, who held Class B shares, were voted a declaration and distribution of dividends amounting to \$10,000 each in each of these

* Chief Justice at the time of hearing.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jim A. McClurg *Intimé*

a

RÉPERTORIÉ: McCLURG c. CANADA

N° du greffe: 20751.

1989: 29 novembre; 1990: 20 décembre.

b

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

c

Impôt sur le revenu — Dividendes — Attribution — Dividendes déclarés et répartis entre les actionnaires d'une catégorie d'actions en vertu du pouvoir discrétionnaire des administrateurs — Les autres catégories d'actions ne participaient pas au dividende — Une partie du dividende pouvait-elle légitimement être attribuée aux autres catégories d'actions? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

d

Droit des sociétés — Dividendes — Dividende discrétionnaire déclaré et réparti à la discrétion des administrateurs — Y a-t-il dérogation à la common law en ce qui concerne la nature des actions ou les obligations des administrateurs? — Cela était-il autorisé par la Business Corporations Act de la Saskatchewan? — Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 24(4), 40, 97, 234.

f

L'intimé et son associé étaient les seuls administrateurs d'une société fermée constituée en vertu de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan. L'acte constitutif prévoyait trois catégories d'actions: la catégorie A composée d'actions ordinaires avec droit de vote et participantes; la catégorie B composée d'actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation des administrateurs et la catégorie C composée d'actions privilégiées sans droit de vote. Les trois catégories d'actions comportaient «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société». Les deux administrateurs n'ont touché aucun dividende pour leurs actions de catégorie A ou C au cours des années 1978, 1979 et 1980 mais ils ont reçu des salaires, des primes ou des droits à des primes. Des dividendes ont été déclarés et distribués à leurs épouses, qui détenaient des actions de catégorie B, chacune d'elles ayant touché des dividendes au montant de 10 000 \$ pour chacune de ces trois années. M^{me}

* Juge en chef à la date de l'audition.

three years. Mrs. McClurg had been actively involved in the firm's operations and had been paid a modest salary.

The Minister of National Revenue reassessed the respondent's income for 1978, 1979, and 1980 on the basis that \$8,000 of the \$10,000 in dividends attributed to Mrs. McClurg on her Class B shares was properly attributable instead to the respondent pursuant to s. 56(2) of the *Income Tax Act*. The Minister's opinion was that the dividends declared in each of the years in question should be attributed equally to all of the common shares, no matter of what class and notwithstanding the express condition attaching to the Class B shares that they shall carry the right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the company. The reallocation was made on the basis of the number of Class A shares owned by the respondent in relation to the number of Class B shares owned by Mrs. McClurg. The respondent's appeal to the Tax Court of Canada was dismissed. The respondent further appealed from the decision of the Tax Court judge by way of an action commenced in the Federal Court of Canada, Trial Division. The appeal was allowed. The Minister's appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed.

At issue here was whether the dividends received by Mrs. McClurg in respect of her Class B common shares should be attributed in part to the respondent. A preliminary issue was whether the discretionary clause constituted a valid derogation to the common law rule of equality of distribution of dividends or whether it was permitted under the Saskatchewan *Business Corporations Act*.

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

Per Dickson C.J. and Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: Discretionary dividend clauses may be validly used because they are not expressly prohibited by the Act and are not contrary to common law or corporate law principles.

The power to pay dividends is an integral component of the Act's broad grant of managerial power for directors and is expressly limited by restrictions in much the same way as at common law. It is also qualified in that the general managerial power, which rests in the directors of a company, is fiduciary in nature and so must be exercised in good faith and in the best interests of the company.

McClurg avait participé activement aux opérations de la société et avait touché un modeste salaire.

Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation relativement au revenu de l'intimé pour les années 1978, 1979 et 1980 en tenant compte du fait que des 10 000 \$ attribués à M^{me} McClurg à titre de dividendes provenant de ses actions de catégorie B, 8 000 \$ auraient plutôt dû être attribués à l'intimé conformément au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Ministre était d'avis que les dividendes déclarés pour chacune des années en question devaient être répartis également entre les actions ordinaires, quelle que soit leur catégorie et malgré la condition expresse rattachée aux actions de catégorie B, qui prévoit qu'elles comportent le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société. La redistribution a été effectuée en fonction du nombre d'actions de catégorie A appartenant à l'intimé par rapport au nombre d'actions de catégorie B détenues par M^{me} McClurg. L'appel interjeté par l'intimé devant la Cour canadienne de l'impôt a été rejeté. Il a ensuite interjeté appel de cette décision d'un juge de la Cour de l'impôt en intentant une action devant la Cour fédérale du Canada, Section de première instance. L'appel a été accueilli. L'appel formé par le Ministre devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté.

Le litige en l'espèce était de savoir si les dividendes reçus par M^{me} McClurg relativement à ses actions ordinaires de catégorie B devaient être attribués en partie à l'intimé. On a soulevé une question préliminaire qui était de savoir si la clause discrétionnaire constituait une dérogation valide à la règle de common law prévoyant la distribution égale des dividendes ou si cette clause était autorisée par la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan.

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

Le juge en chef Dickson et les juges Sopinka, Gonthier et Cory: Les clauses de dividende discrétionnaire peuvent être valablement utilisées parce qu'elles ne sont pas expressément prohibées par la Loi et ne sont pas contraires aux principes de la common law ou du droit des sociétés.

Le pouvoir de verser des dividendes fait partie intégrante du pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs par la Loi, qui impose expressément des restrictions à ce pouvoir, un peu comme c'était le cas en common law. Ce pouvoir est en outre limité par le fait que le pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs d'une société est de nature fiduciaire et qu'il doit être exercé de bonne foi et au mieux des intérêts de la société.

Shares have an equal right to receive a dividend unless the Articles of Incorporation provide otherwise. Their division into classes is a necessary condition to any derogation of this presumption of equality either with respect to dividends or to other shareholder entitlements. Section 24(4)(a) is to ensure that shareholders are fully aware of their entitlements and privileges to the extent that the presumption of equality is rendered inapplicable. The determination of whether or not the share class rebuts this presumption is a simple factual inquiry. The Articles of Incorporation rebutted the presumption of equality here.

The entitlement to be considered for a dividend is more properly characterized in terms of a "right". A dividend is no less a "right" because it is contingent upon the exercise of the discretion of the directors to allocate the declared dividend between classes of shares. The directors are bound by their fiduciary duty to act in good faith for the best interests of the company in declaring and allocating any dividend. That duty is not circumvented by the discretionary dividend clause. Many shareholder rights may be qualified and contingent and the mere fact that they are fettered does not render them anything less than shareholder rights.

A discretionary dividend clause does not give rise to any inherent conflict between the duty of the directors and their self-interest. Their allocation of dividends pursuant to such a clause can be exercised in the best interests of the company. The fact that the directors may consider the identity of shareholders does not necessarily render the declaration invalid on the basis of a conflict of duty and self-interest. The dividend allocation clause simply divides conceptually what has been traditionally one decision into two components—declaration and allocation. The discretionary powers of the directors have always included both, subject to the provisions of the Articles of Incorporation.

Section 24(4)(b) of the Act recognizes that there must be shares entitled to receive a dividend if a dividend is declared. This principle is not defeated by a discretionary dividend clause because the identity of the class eligible for a dividend simply remains unknown until the allocation takes place. This conceptual division into declaration and allocation is not substantively different from any derogation from the presumption of equality in the payment of dividends.

Les actions ont un droit égal de recevoir un dividende à moins que l'acte constitutif ne prévoie le contraire. Le partage des actions en catégories constitue une condition nécessaire pour pouvoir déroger à la présomption d'égalité, à la fois en ce qui concerne le droit aux dividendes et les autres droits des actionnaires. L'alinéa 24(4)a a pour objet d'assurer que les actionnaires connaissent pleinement leurs droits et privilèges de manière à rendre inapplicable la présomption d'égalité. La conclusion quant à la question de savoir si la catégorie d'actions réfute cette présomption résulte d'un simple examen des faits. L'acte constitutif a réfuté la présomption d'égalité en l'espèce.

C'est le droit d'être pris en compte pour le partage d'un dividende qu'il convient davantage de qualifier de «droit». Un dividende n'en est pas moins un «droit» parce qu'il dépend de l'exercice par les administrateurs de leur pouvoir discrétionnaire de répartir le dividende déclaré entre les catégories d'actions. Les administrateurs sont tenus, en vertu de leur obligation fiduciaire, d'agir de bonne foi, au mieux des intérêts de la société en question, lorsqu'ils déclarent et répartissent un dividende. Une clause de dividende discrétionnaire ne fait nullement disparaître cette obligation. Nombre de droits des actionnaires peuvent être restreints ou conditionnels et ces droits n'en constituent pas moins des droits des actionnaires même s'ils font l'objet de restrictions.

Une clause de dividende discrétionnaire n'entraîne pas en soi un conflit entre l'obligation des administrateurs et leur intérêt personnel. La répartition de leurs dividendes en vertu d'une telle clause peut se faire au mieux des intérêts de la société. La possibilité que les administrateurs tiennent compte de l'identité des actionnaires n'a pas nécessairement pour effet d'invalider la déclaration en raison d'un conflit entre leur obligation et leur intérêt personnel. La clause de partage des dividendes ne fait que diviser, sur le plan conceptuel, en deux éléments—déclaration et répartition— ce qui, traditionnellement, constituait une seule décision. Le pouvoir discrétionnaire des administrateurs a toujours comporté ces deux éléments, sous réserve des dispositions de l'acte constitutif.

L'alinéa 24(4)b de la Loi reconnaît que lorsqu'un dividende est déclaré par une société, il doit exister des actions ayant droit à ce dividende. La présence de la clause de dividende discrétionnaire ne fait pas échec à cette règle parce que l'identité de la catégorie d'actions admissible à un dividende demeure tout simplement inconnue jusqu'au moment de la répartition. Cette division conceptuelle en déclaration et répartition n'est pas fondamentalement différente d'une dérogation à la présomption d'égalité dans le versement de dividendes.

It would be inappropriate for this Court to determine the validity of use of a discretionary dividend clause in the context of an income tax appeal. The Act is facilitative and allows parties to structure corporations as they wish subject to certain explicit exceptions. It also provides the means for a party aggrieved by the corporation—security holder, creditor, director or officer—to seek redress through the s. 234 oppression remedy. No interested party here lodged such complaint, presumably because all involved were satisfied with the way in which the directors were conducting its affairs. Furthermore, it is a well-established principle at common law that where shareholders are unanimously agreed to a transaction, inequality of treatment does not render it *ultra vires* the company.

The determination that the transaction occurred in the context of a director-shareholder relationship is dispositive. While it is always open to the courts to “pierce the corporate veil” in order to prevent parties from benefitting from increasingly complex and intricate tax avoidance techniques, a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2). The purpose of s. 56(2) is to ensure that payments which otherwise would have been received by the taxpayer are not diverted to a third party as an anti-avoidance technique. This purpose is not frustrated because, in the corporate law context, until a dividend is declared, the profits belong to a corporation as a juridical person. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2).

An allocation pursuant to a discretionary dividend clause is no different from the payment of a dividend generally. In both cases, but for the declaration (and allocation), the dividend remains part of the retained earnings of the company and is therefore not within the legitimate parameters of the legislative intent of s. 56(2).

The payments to Mrs. McClurg represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes. Her efforts expended in the

Notre Cour ne serait pas justifiée de se prononcer sur la validité de l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire dans le cadre d'un pourvoi en matière d'impôt sur le revenu. La Loi a pour objet de faciliter les choses et de permettre aux parties, sous certaines réserves explicites, de structurer les sociétés comme elles le désirent. Elle fournit également à la partie lésée—peu importe qu'il s'agisse d'un détenteur de valeurs mobilières, d'un créancier, d'un administrateur ou d'un dirigeant—le moyen de demander réparation grâce au recours prévu à l'art. 234. Aucune des parties intéressées n'a déposé une telle plainte en l'espèce, probablement parce que toutes les personnes en cause étaient satisfaites de la manière dont les administrateurs la gérait. De plus, il est bien établi en common law que lorsque les actionnaires s'entendent unanimement sur une opération, celle-ci ne constitue pas un excès de pouvoir de la part de la société parce qu'il y a eu inégalité de traitement.

La conclusion que l'opération s'était produite dans le cadre des rapports existant entre les administrateurs et les actionnaires tranche la question. Bien qu'il soit toujours loisible aux tribunaux de «percer le voile corporatif» afin d'empêcher les parties de profiter de techniques d'évitement fiscal de plus en plus complexes, le versement d'un dividende n'est pas visé par le par. 56(2). Ce dernier a pour objet d'assurer que les paiements qui auraient autrement été reçus par le contribuable ne soient pas détournés au profit d'un tiers comme technique d'évitement fiscal. Cet objet n'est pas contrecarré parce que, dans le contexte du droit des sociétés, les profits appartiennent à la société en sa qualité de personne juridique tant qu'un dividende n'est pas déclaré. Si aucun dividende n'avait été déclaré ni versé à un tiers, il n'aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d'un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d'un tiers au sens du par. 56(2).

Une répartition effectuée conformément à une clause de dividende discrétionnaire ne se distingue pas du versement d'un dividende en général. Dans les deux cas, le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n'était de la déclaration du dividende (et de sa répartition), et, par conséquent, il n'est pas visé par les paramètres fixés légitimement par le législateur au par. 56(2).

Les versements effectués à M^{me} McClurg représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt. Les efforts

firm's operation, while not dispositive of the issue, was further evidence that the dividend payment was the product of a *bona fide* business relationship. If a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made.

Per Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): The separation of share ownership and control underlies many fundamental principles of corporate law. Among these are the principle that the directors and officers of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation and the principle of equality of shares. More than just a mere contractual right, the principle of equality of shares developed as a measure of protection for the shareholder. Thus, when more than one class of shares was created, the directors were not free to discriminate arbitrarily between the classes when awarding a dividend.

Shareholder rights include the right to a dividend, the right to vote, and the right to participate in the distribution of assets upon dissolution of the corporation. These rights must attach to the corporation's shares and the shareholders may not agree to circumvent this principle.

A discretionary dividend clause that permits the directors of a corporation to choose which class is entitled to receive dividends to the exclusion of the other classes is invalid at common law. It contravenes the principle that the directors are not permitted to favour one class at the expense of the others. It also contravenes the principle that dividends attach to shares and not to shareholders because the directors would be making a discretionary allocation primarily on the basis of the identity of the shareholders. To allow discrimination on the basis of the identity of the shareholder ignores the separation that is supposed to exist between the corporation and its shareholders.

A discretionary dividend clause, if valid, would entail a number of problems. The shareholder would be completely dependent on the goodwill of the directors and the minority shareholder would be placed in a near impossible position if this goodwill were to be turned against that shareholder. It also places the director in a position where he cannot fulfill his fiduciary obligations

qu'elle a déployés dans l'exploitation de la société, même s'ils ne sont pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi, constituent néanmoins une preuve supplémentaire que le versement de dividendes était le résultat d'une relation d'affaires normale. Si une distinction s'impose aux fins de l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(1) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni.

Les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): La séparation de la propriété et du contrôle des actions sous-tend plusieurs principes fondamentaux du droit des sociétés. Le principe selon lequel les administrateurs et les dirigeants d'une société ont une obligation de fiducie envers celle-ci et le principe de l'égalité des actions en sont des exemples. Étant plus qu'un simple droit contractuel, le principe de l'égalité des actions constitue une mesure de protection pour l'actionnaire. Ainsi, les administrateurs ne sont pas libres de distinguer arbitrairement entre les catégories au moment d'accorder un dividende, même lorsqu'il y a plus d'une catégorie d'actions.

Les droits d'un actionnaire comprennent le droit de recevoir un dividende, le droit de voter et le droit de participer au partage des actifs au moment de la dissolution de la société. Ces droits doivent se rattacher aux actions de la société et les actionnaires ne peuvent s'entendre pour faire échec à ce principe.

Une clause de dividende discrétionnaire qui permet aux administrateurs d'une société de choisir la catégorie qui a le droit de toucher des dividendes à l'exclusion des autres catégories est nulle sous le régime de la common law. Elle va à l'encontre du principe selon lequel les administrateurs ne peuvent favoriser une catégorie au détriment des autres. Elle est également contraire au principe voulant que les dividendes se rattachent aux actions et non aux actionnaires car les administrateurs feraient une répartition discrétionnaire en se fondant essentiellement sur l'identité des actionnaires. Permettre la discrimination en se fondant sur l'identité de l'actionnaire, c'est ne pas tenir compte de la séparation qui est censée exister entre la société et ses actionnaires.

Une clause de dividende discrétionnaire, lorsqu'elle est valide, engendrerait un certain nombre de problèmes. L'actionnaire dépendrait entièrement du bon vouloir des administrateurs et l'actionnaire minoritaire serait placé dans une situation presque impossible si ce bon vouloir devait jouer contre lui. Elle place également l'administrateur dans une situation où il ne peut remplir ses

to the corporation as a whole and so must be invalid at common law. The conflict of interest is heightened when the director happens to be a shareholder of a class to which dividends are awarded or from which some personal benefit is derived; the situation can be compared to the usurpation of a corporate opportunity properly belonging to the company.

Requiring the mode of distribution to be expressly set out in the Articles of Incorporation, which can only be amended by approval of the shareholders, is consistent with the fiduciary obligation. If the directors hold preferred shares, the common shareholders will have agreed to subordinate their dividend interest to the preferred class of shares based upon "full disclosure" of the maximum amount to which these preferred shares will enjoy priority. With a discretionary dividend clause, there is no such disclosure, since the amount and priority is left to be determined in the future, wholly at the directors' discretion.

If employees merit additional reward, the proper course to effect this is through some form of compensation other than a dividend. A dividend is a return on an investment. The directors, if they were to take into account the identity of shareholders when declaring a dividend, would be improperly exercising the discretionary dividend power.

The discretionary dividend clause, even if it were valid under the common law, would be insufficient to rebut the common law presumption of equality. All three classes of shares are defined in substantially the same manner with respect to their entitlement to dividends. Therefore, any difference between the shares concerning their right to receive dividends would clearly not derive from any differentiation between the shares; it would have to stem from the actions of the directors of the corporation. Such a right, therefore, would not derive from the share itself and would be invalid at common law.

Section 24(4)(a) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* requires that the mode of distributing dividends be expressly provided for in the articles themselves. The section must be interpreted in accordance with the principles of the common law and, in particular, with the principle that shareholder rights be expressly provided for in the shares themselves. Any departure from this principle must be explicitly stated. Section 24(4)(a) does not clearly indicate an intent to provide corporate directors with a power which they did not

obligations de fiduciaire envers la société dans son ensemble et elle doit donc être nulle en common law. Le conflit d'intérêts est encore plus évident lorsqu'un administrateur est lui-même un actionnaire faisant partie d'une catégorie à laquelle des dividendes sont accordés ou d'où il tire un avantage personnel; cette situation peut se comparer à l'usurpation d'un privilège de la société qui appartient à cette dernière.

Exiger que le mode de distribution soit expressément énoncé dans l'acte constitutif, lequel ne peut être modifié qu'avec l'approbation des actionnaires, est conforme à l'obligation de fiduciaire. Si les administrateurs détiennent des actions privilégiées, les actionnaires ordinaires se seront entendus pour subordonner leur droit aux dividendes à la catégorie d'actions privilégiées moyennant «divulcation intégrale» du montant maximum jusqu'à concurrence duquel ces actions privilégiées auront priorité. Lorsqu'il y a une clause de dividende discrétionnaire, cette divulgation n'existe pas puisque le montant et la priorité en question seront déterminés subséquemment, à l'entière discrétion des administrateurs.

Si les employés méritent une récompense additionnelle, la bonne façon de procéder est de leur accorder une forme de rémunération autre qu'un dividende. Celui-ci est le rapport d'un investissement. Si les administrateurs devaient prendre en considération l'identité des actionnaires lorsqu'ils déclarent un dividende, cela constituerait un exercice abusif du pouvoir d'accorder un dividende discrétionnaire.

Même si la clause de dividende discrétionnaire était valide sous le régime de la common law, elle ne suffirait pas à réfuter la présomption d'égalité de la common law. Les trois catégories d'actions sont définies essentiellement de la même façon en ce qui concerne leur droit aux dividendes. Par conséquent, toute différence qui existe entre les actions concernant leur droit de recevoir des dividendes découlerait clairement non pas d'une différenciation entre les actions mais plutôt des actes des administrateurs de la société. Ainsi donc, un tel droit ne découlerait pas de l'action elle-même et serait invalide en common law.

L'alinéa 24(4)a) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan exige que le mode de distribution des dividendes soit expressément prévu dans l'acte constitutif lui-même. Cet alinéa doit être interprété conformément aux principes de la common law qui prescrivent notamment que les droits de l'actionnaire doivent être expressément prévus dans les actions elles-mêmes. Toute dérogation à ce principe doit être prévue expressément. L'alinéa 24(4)a) n'exprime pas clairement l'intention de conférer aux administrateurs d'une société le pouvoir

otherwise have at common law. The use of the discretionary dividend clause is also inconsistent with the requirement in s. 24(3)(b) that at least one class of shares must be entitled "to receive any dividend declared by the corporation".

Even when the Act specifically provides that the directors may be given the discretion to determine the rights to be assigned to a series, this discretion is not unlimited. The shareholders can give the directors the power to issue series within a class and assign rights to those series but they may not agree to give the directors the discretion to interfere with their right to dividends or a return of capital by choosing to give another series priority. The rights assigned to series, unlike classes of shares, may be altered without amending the corporate constitution.

The statute contemplates that shareholders will be protected from changes being made to the rights attached to different classes of shares by virtue of the fact that such rights may only be amended by altering the corporate constitution. In theory, a shareholder can bring a suit if the directors are alleged to exercise their discretion improperly. This remedy, however, entails a significant burden and expense and is an inadequate means of protecting shareholders from the potential for abuse created by the presence of a discretionary dividend clause. The need for shareholder protection from abuse of the discretionary dividend clause becomes all the more apparent given the possibility that such a clause could be inserted in the Articles of Incorporation of a large, publicly held corporation.

The discretionary dividend clause has no socially useful purpose. Its only apparent purpose is to facilitate tax avoidance through "income-splitting" and this purpose hardly supports the need to allow corporations to be structured in this manner.

It would be inappropriate to return the money paid out in dividends to the corporation because the directors must be taken to have declared dividends in the corporation's best interests. The dividends, therefore, should be redistributed amongst the various classes of shares which must, absent a valid differentiation between the shares, share equally in the dividend.

A dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2) of the *Income Tax Act* in the typical situation

qu'ils n'avaient pas autrement en vertu de la common law. Le recours à la clause de dividende discrétionnaire est également incompatible avec l'exigence de l'al. 24(3)b) selon laquelle au moins une catégorie d'actions doit avoir le droit «de recevoir tout dividende déclaré par la société».

Même lorsque la Loi prévoit expressément qu'on peut conférer aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de déterminer les droits à être assignés à une série, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité. Les actionnaires peuvent accorder aux administrateurs le pouvoir d'émettre des séries dans une catégorie donnée et conférer des droits à ces séries mais ils ne peuvent s'entendre pour accorder aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte à leur droit aux dividendes ou à un remboursement de capital en choisissant de donner priorité à une autre série. Les droits conférés aux séries, contrairement aux catégories d'actions, peuvent être changés sans qu'on modifie la constitution d'une société.

La loi prévoit que les actionnaires seront protégés contre les modifications apportées aux droits se rattachant aux différentes catégories d'actions en raison du fait que ces droits ne peuvent être changés que par la modification de la constitution de la société. En principe, un actionnaire peut intenter une poursuite s'il est allégué que les administrateurs exercent leur pouvoir discrétionnaire d'une façon inappropriée. Ce recours entraîne toutefois un fardeau et des frais importants et ne constitue pas un moyen adéquat pour protéger les actionnaires contre les abus auxquels la clause de dividende discrétionnaire peut donner lieu. La nécessité de protéger l'actionnaire contre l'usage abusif de la clause de dividende discrétionnaire devient encore plus évidente lorsqu'on envisage la possibilité d'insérer une telle clause dans l'acte constitutif d'une société dont les actions sont détenues par le public.

La clause de dividende discrétionnaire n'a aucune fin utile sur le plan social. Son seul but apparent est de faciliter l'évitement fiscal grâce au «fractionnement du revenu» et cela ne saurait justifier le besoin de permettre aux sociétés d'être structurées de cette manière.

Il serait inapproprié de retourner à la société l'argent versé sous forme de dividendes parce qu'il faut présumer que les administrateurs ont déclaré des dividendes dans l'intérêt de la société. Ceux-ci devraient par conséquent être redistribués parmi les différentes catégories d'actions qui doivent, en l'absence d'une différenciation valide entre les actions, participer également aux dividendes.

Le versement d'un dividende n'est pas visé par le par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dans la situation

where the dividend payment is within the powers of the corporation and the shareholder is *bona fide* entitled to the dividends. The contribution of a shareholder to the business is irrelevant, however, because a dividend is a return on capital attaching to a share and in no way dependent on the conduct of a particular shareholder.

The four elements of s. 56(2) were met here. The payment in question satisfied the requirement that there be a payment or transfer of property to a person other than the taxpayer; the term "payment" has acquired no technical meaning in the *Income Tax Act* and is to be interpreted in its popular sense. The payment was made pursuant to the direction of the taxpayer or with the concurrence of the taxpayer. An individual in control of a corporation can be said to have directed a payment within the meaning of s. 56(2) by exercising that control. The payment must be for the benefit of the taxpayer or recipient. Here the payment to Mrs. McClurg, which represented Mr. McClurg's dividend entitlement, amounted to a benefit to Mrs. McClurg under s. 56(2). Finally, this amount would have been included in Mr. McClurg's income had the allocation been properly made.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Referred to: *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209; *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32; *Miller v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139; *Perrault v. The Queen*, [1979] 1 F.C. 155.

By La Forest J. (dissenting)

Salomon v. Salomon and Co., [1897] A.C. 22; *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279; *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, 44 E.R. 858; *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *Rondeau v. Poirier*, [1980] C.A. 35; *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525; *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378.

typique où un tel versement relève des pouvoirs de la société et où l'actionnaire a vraiment droit aux dividendes. La contribution d'un actionnaire à l'entreprise n'est cependant pas pertinente, car un dividende est un rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d'aucune façon de la conduite d'un actionnaire donné.

Les quatre conditions du par. 56(2) sont remplies en l'espèce. Le paiement en question répondait à l'exigence selon laquelle il doit y avoir un paiement ou transfert de biens à une personne autre que le contribuable; le terme «paiement» n'a pas acquis un sens technique dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il doit être interprété selon son sens ordinaire. Le paiement a été effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable. On peut affirmer qu'un particulier ayant le contrôle d'une société a ordonné un paiement au sens du par. 56(2) lorsqu'il exerce ce contrôle. Le paiement doit être effectué au profit du contribuable ou du bénéficiaire. En l'espèce, le versement à M^{me} McClurg, qui représentait le droit à un dividende de M. McClurg, équivalait à un avantage conféré à M^{me} McClurg en vertu du par. 56(2). Enfin, ce montant aurait été inclus dans le revenu de M. McClurg si la répartition avait été faite correctement.

e Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts mentionnés: *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209; *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32; *Miller v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139; *Perrault c. La Reine*, [1979] 1 C.F. 155.

Citée par le juge La Forest (dissentant)

Salomon v. Salomon and Co., [1897] A.C. 22; *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395; *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279; *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, 44 E.R. 858; *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427; *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752; *Rondeau c. Poirier*, [1980] C.A. 35; *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525; *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029; *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314; *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, ss. 6(1)(c)(i), 24(3)(b), (4), 27, 40, 97(1), 170(1)(c), 234.
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75, c. 33.
Companies Act, R.S.C. 1952, c. 53.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 56(2), 248(1).

Authors Cited

Boivin, Michelle. "Le droit aux dividendes et le dividende 'discrétionnaire'" (1987), 47 *R. du B.* 73.
 Bryden, R. M. "The Law of Dividends", in Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*. Toronto: Butterworths, 1967.
 Eisenberg, Melvin A. "The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking" (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1.
 Fraser, William Kaspar. *Company Law of Canada*, 5th ed. By J. L. Stewart and M. Laird Palmer. Toronto: Carswells, 1962.
 Goodman, S. H. Comment. "The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*" (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.
 Martel, Maurice et Paul Martel. *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1987.
 Quessy, Pierre. "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 *R.P.F.S.* 31.
 Schmitthoff, Clive M. *Palmer's Company Law*, 23rd ed., vol. I. London: Stevens & Sons, 1982.
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswells, 1979.
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1988] 2 F.C. 356, 84 N.R. 214, [1988] 1 C.T.C. 75, 88 D.T.C. 6047, affirming a judgment of the Federal Court, Trial Division (1986), 2 F.T.R. 1, 86 D.T.C. 6128, reversing a decision of the Tax Court of Canada, [1984] C.T.C. 2469, 84 D.T.C. 1379, dismissing respondent's appeal from a notice of reassessment. Appeal dismissed (Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. dissenting).

Ian S. MacGregor and *Brent Paris*, for the appellant.

Robert W. Thompson and *Gordon Balon*, for the respondent.

Lois et règlements cités

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 6(1)c(i), 24(3)b), (4), 27, 40, 97(1), 170(1)c), 234.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2), 248(1).
Loi sur les compagnies, S.R.C. 1952, ch. 53.
Loi sur les corporations commerciales canadiennes, S.C. 1974-75, ch. 33.

Doctrines citées

Boivin, Michelle. «Le droit aux dividendes et le dividende «discrétionnaire»» (1987), 47 *R. du B.* 73.
 Bryden, R. M. «The Law of Dividends», in Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*. Toronto: Butterworths, 1967.
 Eisenberg, Melvin A. «The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking» (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1.
 Fraser, William Kaspar. *Company Law of Canada*, 5th ed. By J. L. Stewart and M. Laird Palmer. Toronto: Carswells, 1962.
 Goodman, S. H. Comment. «The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*» (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.
 Martel, Maurice et Paul Martel. *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1987.
 Quessy, Pierre. «Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire», [1985] 7 *R.P.F.S.* 31.
 Schmitthoff, Clive M. *Palmer's Company Law*, 23rd ed., vol. I. London: Stevens & Sons, 1982.
 Wegenast, F. W. *The Law of Canadian Companies*. Toronto: Carswells, 1979.
 Welling, Bruce. *Corporate Law in Canada*. Toronto: Butterworths, 1984.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1988] 2 C.F. 356, 84 N.R. 214, [1988] 1 C.T.C. 75, 88 D.T.C. 6047, qui a confirmé un jugement de la Cour fédérale, Section de première instance (1986), 2 F.T.R. 1, 86 D.T.C. 6128, qui avait infirmé une décision de la Cour canadienne de l'impôt, [1984] C.T.C. 2469, 84 D.T.C. 1379, qui avait rejeté un appel de l'intimé formé contre un avis de nouvelle cotisation. Pourvoi rejeté (les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents).

Ian S. MacGregor et *Brent Paris*, pour l'appelante.

Robert W. Thompson et *Gordon Balon*, pour l'intimé.

The judgment of Dickson C.J. and Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—This is an income tax case. The question in the appeal is whether certain dividends received by the wife of the respondent, Jim A. McClurg, in the years 1978, 1979, and 1980 in respect of Class B common shares of Northland Trucks (1978) Ltd. (hereinafter Northland Trucks) should be attributed in part to the respondent, an officer and director of Northland Trucks and the holder of the controlling Class A common shares in the capital stock of that company.

I. Background

1. Relevant Legislation

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63:

56. ...

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10:

24. ...

(4) The articles may provide for more than one class of shares and, if they so provide:

- (a) the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each class shall be set out therein; and
- (b) the rights set out in subsection (3) shall be attached to at least one class of shares but all such rights are not required to be attached to one class.

40. A corporation shall not declare or pay a dividend if there are reasonable grounds for believing that:

- (a) the corporation is, or would after the payment be, unable to pay its liabilities as they become due; or
- (b) the realizable value of the corporation's assets would thereby be less than the aggregate of its liabilities and stated capital of all classes.

97.—(1) Subject to any unanimous shareholder agreement, the directors of a corporation shall:

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

a LE JUGE EN CHEF DICKSON—Il s'agit en l'espèce d'une affaire d'impôt sur le revenu. Ce pourvoi soulève la question de savoir si certains dividendes reçus par l'épouse de l'intimé, Jim A. McClurg, au cours des années 1978, 1979 et 1980 b relativement à des actions ordinaires de catégorie B de Northland Trucks (1978) Ltd. (ci-après Northland Trucks) devraient être attribués en partie à l'intimé, qui est à la fois dirigeant et c administrateur de Northland Trucks, et détenteur des actions ordinaires majoritaires de catégorie A du capital-actions de cette société.

I. Historique

d 1. Les textes législatifs applicables

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63:

56. ...

e (2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions et avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu f du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable.

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10:

[TRADUCTION] 24. ...

g (4) L'acte constitutif peut prévoir plusieurs catégories d'actions, auquel cas:

- a) les droits, privilèges, restrictions et conditions qui se rattachent aux actions de chaque catégorie doivent y être énoncés; et
- h b) chacun des droits énoncés au paragraphe (3) doit se rattacher à au moins une catégorie d'actions sans qu'il soit nécessaire qu'une même catégorie jouisse de l'ensemble de ces droits.

i 40. La société ne peut déclarer ni verser de dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que:

- a) ou bien elle ne peut, ou ne pourrait de ce fait, acquitter son passif à échéance;
- j b) ou bien la valeur de réalisation de son actif serait, de ce fait, inférieure au total de son passif et de son capital déclaré de toute catégorie.

97.—(1) Sous réserve de toute convention unanime des actionnaires, les administrateurs:

- (a) exercise the powers of the corporation directly or indirectly through the employees and agents of the corporation; and
- (b) direct the management of the business and affairs of the corporation.

234.—(1) A complainant may apply to a court for an order under this section.

(2) If, upon an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates:

- (a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects a result;
- (b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are or have been carried on or conducted in a manner; or
- (c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are or have been exercised in a manner;

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer, the court may make an order to rectify the matters complained of.

2. *The Facts*

The respondent is President of Northland Trucks, a company incorporated under the Saskatchewan *Business Corporations Act*. The company was established in 1978 upon purchase of an ongoing business, a dealership in International Harvester trucks. The respondent and his partner, Veryle Ellis, are the only directors of the company. The Articles of Incorporation provide for three categories of shares: Class A which are common, voting and participating shares; Class B which are common, non-voting and participating where authorized by the directors; and Class C which are preferred, non-voting shares. The Articles deal with the entitlement to dividends as follows:

Class A Common:

Common, voting and shall be participating shares carrying the distinction and right to receive dividends exclusive of the other classes of shares in the said corporation.

- a) exercent les pouvoirs de la société, directement ou indirectement, par l'intermédiaire de ses employés et mandataires;
- b) gèrent les affaires tant commerciales qu'internes de la société.

234.—(1) Tout plaignant peut demander au tribunal de rendre les ordonnances visées au présent article.

(2) Le tribunal, saisi d'une demande visée au paragraphe (1), peut, par ordonnance, redresser la situation provoquée par la société ou l'une des personnes morales de son groupe qui, à son avis, abuse des droits des détenteurs de valeurs mobilières, créanciers, administrateurs ou dirigeants, ou porte atteinte à leurs intérêts ou n'en tient pas compte:

- a) soit en raison de son comportement;
- b) soit par la façon dont elle conduit ses affaires tant commerciales qu'internes ou celles de tout membre de son groupe;
- c) soit par la façon dont ses administrateurs ou ceux de son groupe exercent ou ont exercé leurs pouvoirs.

2. *Les faits*

L'intimé est président de Northland Trucks, une société constituée sous le régime de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan. La société a été créée en 1978 par suite de l'achat d'une concession de camions International Harvester. L'intimé et son associé, Veryle Ellis, sont les seuls administrateurs de la société. L'acte constitutif de la société prévoit trois catégories d'actions: la catégorie A, composée d'actions ordinaires avec droit de vote et participantes, la catégorie B, composée d'actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation des administrateurs, et enfin, la catégorie C, composée d'actions privilégiées sans droit de vote. L'acte constitutif renferme les dispositions suivantes en ce qui concerne le droit aux dividendes:

[TRADUCTION] Actions ordinaires de catégorie A:

Actions ordinaires avec droit de vote et participantes, comportant le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société.

Class B Common:

Common, non-voting and shall be participating shares where authorized to be participating shares by unanimous consent of the Directors and the said shares shall carry the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation.

Class C Preferred:

Preferred, non-voting shares which carry the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation, if the said dividends are authorized by unanimous resolution of the directors.

[And as noted at 84 D.T.C. 1379, at p. 1080]

Each class of shares has the right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the company and the company is authorized to issue an unlimited number of shares in each class.

The clause "the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation" in the definition of the share classes is crucial to the analysis in this case; a primary question is whether the clause, which gives to the directors unfettered discretion as to the allocation of dividends among classes of shares, constitutes a valid derogation to the common law rule of equality of distribution of dividends. For the sake of simplicity, I will refer to it as the "discretionary dividend clause" throughout these reasons.

Shares in the company were issued at a price of \$1.00 each, and the distribution of shares demonstrates the closely held nature of the company:

<u>Name</u>	<u>Class A Common</u>	<u>Class B Common</u>	<u>Class C Preferred</u>
Jim McClurg	400	—	37,500
Veryle Ellis	400	—	37,500
Wilma McClurg (wife of Jim McClurg)	—	100	—
Suzanne Ellis (wife of Veryle Ellis)	—	100	—

In the years 1978, 1979, and 1980, the directors, McClurg and Ellis, voted a declaration and distribution of dividends as follows:

Actions ordinaires de catégorie B:

Actions ordinaires sans droit de vote, mais participantes avec l'autorisation unanime des administrateurs, comportant le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société.

Actions privilégiées de catégorie C:

Actions privilégiées sans droit de vote, comportant le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions, pourvu que ces dividendes soient autorisés par résolution unanime des administrateurs.

[Et tel que noté à 84 D.T.C. 1379, à la p. 1380]

Des dividendes peuvent être versés pour chaque catégorie d'actions à l'exclusion des autres catégories d'actions de la société, et la société est autorisée à émettre autant d'actions de chaque catégorie qu'elle le désire.

Dans la définition des catégories d'actions, la clause concernant [TRADUCTION] «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions» est cruciale pour analyser l'espèce; il faut tout d'abord déterminer si cette clause, qui confère aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire illimité en ce qui concerne la répartition des dividendes entre les diverses catégories d'actions, constitue une dérogation valide à la règle de common law ayant trait à l'égalité de la répartition des dividendes. Pour simplifier les choses, j'utiliserai l'expression «clause de dividende discrétionnaire» pour désigner cette clause dans les présents motifs.

Les actions de la société ont été émises au prix de 1 \$ l'unité, et leur répartition indique qu'il s'agit d'une société fermée:

<u>Nom</u>	<u>Actions ordinaires de catégorie A</u>	<u>Actions ordinaires de catégorie B</u>	<u>Actions privi- légiées de catégorie C</u>
Jim McClurg	400	—	37 500
Veryle Ellis	400	—	37 500
Wilma McClurg (épouse de Jim McClurg)	—	100	—
Suzanne Ellis (épouse de Veryle Ellis)	—	100	—

Au cours des années 1978, 1979 et 1980, les administrateurs McClurg et Ellis ont déclaré des dividendes, répartis de la manière suivante:

Name	1978	1979	1980	Nom	1978	1979	1980
Jim McClurg	—	—	—	Jim McClurg	—	—	—
Veryle Ellis	—	—	—	Veryle Ellis	—	—	—
Wilma McClurg	\$10,000	\$10,000	\$10,000	Wilma McClurg	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$
Suzanne Ellis	\$10,000	\$10,000	\$10,000	Suzanne Ellis	10 000 \$	10 000 \$	10 000 \$

a

The form of resolution declaring the dividends was as follows:

It was noted and unanimously agreed by all the Directors that Class "B" Shareholders receive dividends in the amount of \$100.00 per share for each issued share they hold.

BE IT RESOLVED

that payment of dividends to Class "B" Shareholders are made as follows:

Class "B" Shareholder	Number of issued Shares	Dividend Per Share	Total Paid
Wilma McClurg	100	\$100.00	\$10,000.00
Suzanne Ellis	100	\$100.00	\$10,000.00

d

La résolution déclarant les dividendes était libellée comme suit:

[TRADUCTION] Les administrateurs ont à l'unanimité convenu que les actionnaires de la catégorie «B» recevront des dividendes de 100 \$ l'action pour chaque action dont ils sont détenteurs.

IL EST RÉSOLU

que le versement des dividendes aux actionnaires de la catégorie «B» sera effectué de la manière suivante:

Actionnaire de la catégorie B	Nombre d'actions émises	Dividende par action	Total versé
Wilma McClurg	100	100 \$	10 000 \$
Suzanne Ellis	100	100 \$	10 000 \$

Although the two directors received no dividends on either their Class A or Class C shares during this three-year period, they did not go unrewarded. They received salaries, were paid bonuses, and bonus entitlements totalling, according to the trial judge, in the case of the respondent, \$33,968 in 1978, \$65,292 in 1979, and \$57,900 in 1980. As well, the company's retained earnings as of October 31, 1980 were \$312,611 and as of October 31, 1981 were \$421,481. The directors of the company, as owners of the Class A shares (the only shares participating as of right), alone were entitled as of right to share in the accumulated profits of the company.

e

Bien que les deux administrateurs n'aient touché aucun dividende pour leurs actions de catégorie A ou C au cours de ces trois années, ils n'en ont pas moins reçu des sommes d'argent. En effet, ils ont touché des sommes sous forme de salaires, de primes ou de droits à des primes totalisant pour l'intimé, suivant le juge de première instance, 33 968 \$ en 1978, 65 292 \$ en 1979 et 57 900 \$ en 1980. En outre, les bénéfices non distribués de la société étaient de 312 611 \$ au 31 octobre 1980, et de 421 481 \$ au 31 octobre 1981. À titre de propriétaires des actions de catégorie A (les seules actions participantes de plein droit), seuls les administrateurs de la société participaient de plein droit aux bénéfices accumulés de la société.

h

An analysis of the equity of the two classes of shares is shown below:

	Class A Shares	Class B Shares
Shares Issued	800	200
Amount Paid	800	200
Dividends Received	NIL	60,000
Growth Accruing to shares to Oct. 31, 1980	312,611	NIL

i

	Actions de catégorie A	Actions de catégorie B
Actions	800	200
Montant versé	800	200
Dividendes reçus	NÉANT	60 000
Croissance des actions pour chaque dollar investi au 31 oct. 1980	312 611	NÉANT

j

Submissions attached with the Notice of Objection of Mr. McClurg for the 1978, 1979 and 1980 taxation years show that at the end of the 1981 taxation year, the equity (growth) per share stood at \$527 per share for Class A common shareholders (an amount of 1.75 times that of Class B shares) whereas the total growth (equity) accruing to Class B common shares still remained at \$300 per share.

	Total Reim- bursement to	Equity Growth Retained to	Total	Total \$ Per Share	%
	Oct. 31/81	Oct. 31/81		Owned	
Jim McClurg	224,700	210,741	435,441	1,088.62	45
Veryle Ellis	224,700	210,741	435,441	1,088.62	45
Wilma McClurg	48,125	NIL	48,125	481.25	5
Suzanne Ellis	48,125	NIL	48,125	481.25	5
	<u>545,650</u>	<u>421,482</u>	<u>967,132</u>		<u>100</u>

The financing of the formation of the company must also be reviewed. For the respondent's investment of 37,500 preferred shares, he borrowed \$37,500 from the Toronto Dominion Bank on a note co-signed by his wife and his father-in-law. The latter provided further security in the form of a term deposit certificate totalling \$40,000. The purchase of the business was partly financed by a loan from the vendor, security for which was provided, in part, by the respondent and his wife through the placing of a second mortgage on their jointly owned home in the amount of \$25,000. Furthermore, Wilma McClurg co-signed with the respondent a personal guarantee to the International Harvester Company, the supplier of the company, with respect to a \$500,000 debenture in connection with the business affairs of Northland Trucks. Finally, the company opened a line of credit with the Toronto Dominion Bank, initially for \$50,000, and later increased to \$200,000, which was guaranteed by all of the shareholders. It

Les prétentions jointes à l'avis d'opposition présenté par M. McClurg pour les années d'imposition 1978, 1979 et 1980, indiquent qu'à la fin de l'année d'imposition 1981, l'avoir propre (croissance) des actions ordinaires de catégorie A était de 527 \$ l'action (ce montant représentant 1,75 fois celui des actions de catégorie B) alors que la croissance totale (avoir propre) des actions ordinaires de catégorie B était encore de 300 \$ l'action.

	Rembour- sement total au 31 oct.	Avoir propre non distribué le 31 oct.	Total	Valeur totale en \$ pour chaque action détenue	%
	1981	1981		Total	
Jim McClurg	224 700	210 741	435 441	1 088,62	45
Veryle Ellis	224 700	210 741	435 441	1 088,62	45
Wilma McClurg	48 125	NÉANT	48 125	481,25	5
Suzanne Ellis	48 125	NÉANT	48 125	481,25	5
	<u>545 650</u>	<u>421 482</u>	<u>967 132</u>		<u>100</u>

Il faut également examiner le financement de l'établissement de la société. La somme de 37 500 \$ ayant servi à l'achat de 37 500 actions privilégiées a été empruntée par l'intimé à la Banque Toronto-Dominion, moyennant un billet contresigné par son épouse et son beau-père. Ce dernier a fourni une autre sûreté sous la forme d'un certificat de dépôt à terme de 40 000 \$. L'achat de l'entreprise a été financé en partie au moyen d'un prêt consenti par le vendeur, dont caution en partie par l'intimé et son épouse par voie d'une seconde hypothèque s'élevant à 25 000 \$ sur la maison dont ils étaient copropriétaires. En outre, Wilma McClurg a également été cosignataire avec l'intimé d'une garantie personnelle en faveur d'International Harvester Company, le fournisseur de la société, relativement à une débeture de 500 000 \$ concernant les affaires de Northland Trucks. Enfin, la société a obtenu de la Banque Toronto-Dominion une marge de crédit fixée tout d'abord à 50 000 \$ puis, plus tard, à

is worth noting that the trial judge found that Wilma McClurg had personal assets of between \$15,000 and \$20,000 during this time, which indicates that her personal guarantee was not without significance.

The role of Wilma McClurg in the business during the period in question also warrants examination. The evidence indicates that she carried the title of Administrative Assistant. As such, she assisted in the operation of the business, performing a variety of tasks as the need arose—including stenography, bookkeeping, stocktaking, and driving a truck. For her efforts she received a salary of \$625 in 1978, \$5,000 in 1979, and \$5,000 in 1980. Of the \$30,000 received by Wilma McClurg in dividends during this period, \$20,000 was reinvested by her in M.E. Investments Corporation, a company with a similar structure to that of Northland Trucks and which involved the same shareholders and directors. The purpose of M.E. Investments Corporation was the acquisition of land upon which the operations of Northland Trucks were located. In acquiring the land, a first mortgage was given. Wilma McClurg was a personal guarantor of the mortgage.

On January 14, 1982, by notices of reassessment, the Minister of National Revenue reassessed the respondent's income for 1978, 1979, and 1980. The basis for the reassessment was that in each of those years \$8,000 of the \$10,000 in dividends attributed to Wilma McClurg on her Class B shares was properly attributable instead to the respondent pursuant to ss. 56(2) of the *Income Tax Act*. The Minister made this reallocation on the basis of the number of Class A shares owned by the respondent in relation to the number of Class B shares owned by Wilma McClurg. The position of the Minister is that the dividends declared in each of the years in question should be attributed equally to all of the common shares, no matter of what class and notwithstanding the express condition attaching to the Class B shares

200 000 \$ et qui était garantie par tous les actionnaires. Il convient de souligner que le juge de première instance a conclu que la valeur de l'actif personnel de Wilma McClurg était à l'époque de 15 000 \$ à 20 000 \$, ce qui indique que la garantie personnelle qu'elle avait donnée n'était pas sans importance.

Il convient également d'examiner le rôle joué par Wilma McClurg dans l'entreprise au cours de cette même période. La preuve indique qu'elle occupait le poste d'adjointe administrative et, qu'en cette qualité, elle participait à l'exploitation de l'entreprise en exécutant diverses tâches, suivant les besoins—notamment elle faisait fonction de sténographe, s'occupait de la tenue de livres et de l'inventaire des marchandises, et elle conduisait un camion. Pour ses efforts, elle a touché un salaire de 625 \$ en 1978, de 5 000 \$ en 1979 et de 5 000 \$ en 1980. Des 30 000 \$ qu'elle a reçus sous forme de dividendes au cours de cette période, Wilma McClurg a réinvesti 20 000 \$ dans M.E. Investments Corporation, une compagnie dont la structure était analogue à celle de Northland Trucks et qui comptait les mêmes actionnaires et administrateurs. M.E. Investments Corporation a été constituée dans le but d'acquérir un terrain où se trouvait l'entreprise de Northland Trucks. Ce terrain a été acquis grâce à une première hypothèque que Wilma McClurg a garantie personnelle.

Le 14 janvier 1982, le ministre du Revenu national a délivré des avis de nouvelle cotisation relativement aux revenus du demandeur pour les années 1978, 1979 et 1980. Il y soutenait que, pour chacune de ces années, des 10 000 \$ attribués à Wilma McClurg à titre de dividendes provenant de ses actions de catégorie B, 8 000 \$ auraient plutôt dû être attribués à l'intimé conformément au par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Ministre a effectué cette nouvelle ventilation en fonction du nombre d'actions de catégorie A que détenait l'intimé, par rapport au nombre d'actions de catégorie B que détenait Wilma McClurg. Le Ministre prétend que les dividendes déclarés au cours de chacune de ces années devraient être répartis également entre les actions ordinaires, quelle que soit leur catégorie et malgré la condi-

that they shall carry the right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the company. The respondent's appeal to the Tax Court of Canada was dismissed. The respondent further appealed from the decision of the Tax Court judge by way of an action commenced in the Federal Court of Canada, Trial Division. The appeal was allowed. The Minister's appeal to the Federal Court of Appeal was dismissed. Finally, leave to appeal was granted by this Court.

3. *Judgments Below*

Tax Court of Canada, 84 D.T.C. 1379

Goetz T.C.J. found no evidence suggesting that the investment of Wilma McClurg in the company was of any importance. He reasoned that the respondent and his partner had full control of the company and he concluded, at p. 1381, that the share structure was solely an income-splitting device:

To my way of thinking the share set up and the establishment of the Class "B" shares was a channel of Northland to funnel payments of profits to the Appellant's wife and this was to the Appellant's tax benefit and is prohibited by section 56(2).

Goetz T.C.J. concluded, at p. 1381, that the dividends were a "blatant effort" at conferring a benefit on the wives of the directors and he further remarked, at p. 1382, that "the wives were the puppets of the Appellant and Ellis and did as they were told". Finally, he determined that the efforts expended by Wilma McClurg and her exposure under the guarantees had no relevance to the payment of dividends. He dismissed the appeal from the reassessment.

Federal Court of Canada—Trial Division (1986), 2 F.T.R. 1

Strayer J. began by considering the interpretation of s. 56(2), and he found, at p. 4, that its literal meaning could require that "every dividend

tion expresse rattachée aux actions de catégorie B, qui prévoit qu'elles comportent le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions de ladite société. L'appel interjeté par l'intimé à la Cour canadienne de l'impôt a été rejeté. L'intimé a ensuite interjeté appel de la décision du juge de la Cour de l'impôt devant la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada. Cet appel a été accueilli. L'appel interjeté par le Ministre devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté. Finalement, la demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accueillie.

c 3. *Les jugements des tribunaux d'instance inférieure*

Cour canadienne de l'impôt, 84 D.T.C. 1379

Le juge Goetz a conclu qu'aucun élément de preuve n'indiquait que le placement fait par Wilma McClurg dans la société revêtait une quelconque importance. Il a déduit que l'intimé et son associé avaient le contrôle complet de la société, et il a conclu, à la p. 1381, que la structure du capital-actions constituait simplement un moyen de partager les revenus:

À mon sens, la structure du capital-actions et l'établissement des actions de catégorie «B» étaient un moyen pour Northland de verser des profits à la femme de l'appellant, ce qui constituait un avantage fiscal pour l'appellant et est interdit par le paragraphe 56(2).

Le juge Goetz a conclu, à la p. 1381, que les dividendes constituaient un «effort manifeste» de conférer un avantage aux épouses des administrateurs, et il a en outre fait remarquer, à la p. 1382, que «la femme de l'appellant et celle d'Ellis étaient des jouets entre leurs mains et elles faisaient ce que ceux-ci leur disaient de faire». Il a finalement statué que les efforts déployés par Wilma McClurg et les risques qu'elle avait pris en vertu des garanties n'avaient rien à voir avec le versement de dividendes. Il a rejeté l'appel interjeté contre la nouvelle cotisation.

Cour fédérale du Canada—Section de première instance (1986), 2 F.T.R. 1

Le juge Strayer a tout d'abord examiné comment il faut interpréter le par. 56(2), et il a conclu, à la p. 4, qu'au sens littéral il pourrait exiger que

paid to any shareholder of a company could be attributed to the income of directors participating in a decision to pay the dividend". He continued:

Such a dividend would be a "payment" "to some other person" with the "concurrence" of the director. It could also be described as a "benefit" that the director "desired to have conferred" on the shareholder, it surely being desirable from the viewpoint of directors that, where ever possible, dividends be paid to the shareholders of the company in order to enhance their satisfaction with the company.

Strayer J., reasoned, however, that the intention of the legislature could not have been such a broad reading and found the subsection qualified in that, to fall foul of s. 56(2), the taxpayer must seek to avoid receipt of funds that would otherwise be payable to him and that the concept of payment of a "benefit" is to be contrasted with payments for consideration.

In the opinion of Strayer J., it could not be said that money payable to the respondent was diverted to his wife so as to bring the situation within s. 56(2). He was not persuaded that the Articles of Incorporation must be regarded as void in so far as they permit differential payment of dividends to various classes of shareholders. Nor did he see any legal impediment to a contract between the shareholder and the company which allows the directors of the company to fix the amount of dividends payable in a given year to a given class of shareholders. Since no dividends were payable as a matter of right to holders of Class A shares, such as the respondent, without a resolution to that effect being adopted by the directors, it could not be said that money payable to him was diverted to his wife so as to bring the situation within s. 56(2).

Strayer J. also was satisfied that the dividends paid to Wilma McClurg were not a "benefit" within the contemplation of s. 56(2). The dividends were paid within the context of a legal

«chaque dividende versé à un actionnaire de la société soit attribué au revenu des administrateurs qui ont pris part à la décision de verser le dividende». Il a ajouté:

^a En effet, le dividende deviendrait un «paiement [...] fait [...] à toute autre personne», «avec l'accord» d'un administrateur. Il pourrait également être considéré comme un «avantage» que l'administrateur «désirait voir accorder» à l'actionnaire, compte tenu du fait qu'il est certainement souhaitable, du point de vue des administrateurs, qu'un dividende soit déclaré lorsque cela est possible, afin d'augmenter le sentiment de satisfaction qu'éprouvent les actionnaires à l'égard de la société.

^b Le juge Strayer a toutefois conclu que le législateur ne pouvait avoir eu l'intention de donner un sens aussi large à cette disposition; il a également conclu que le par. 56(2) devait faire l'objet de réserves en ce que pour y contrevenir, le contribuable doit chercher à éviter de toucher des sommes qui lui seraient autrement payables, et qu'il faut établir une distinction entre le concept de versement d'un «avantage» et le paiement fait moyennant contrepartie.

^c De l'avis du juge Strayer, il était impossible d'affirmer que les sommes payables à l'intimé ont été détournées en faveur de son épouse, de manière à déclencher l'application du par. 56(2). Il n'était pas convaincu que l'acte constitutif de la société doit être considéré comme nul dans la mesure où il permet des disparités dans le versement des dividendes aux diverses catégories d'actionnaires. Il ne voyait non plus aucun obstacle légal à ce qu'un contrat conclu entre l'actionnaire et la société permette aux administrateurs de fixer le montant de dividendes payable au cours d'une année particulière à une certaine catégorie d'actionnaires.

^d Comme aucun dividende n'était payable de plein droit aux détenteurs des actions de catégorie A, comme l'intimé, sans une résolution des administrateurs en ce sens, on ne pouvait pas dire que des sommes payables à l'intimé ont été détournées en faveur de son épouse, de manière à déclencher l'application du par. 56(2).

^e Le juge Strayer était également convaincu que les dividendes versés à Wilma McClurg n'étaient pas un «avantage» au sens du par. 56(2). Ces dividendes ont été versés dans le contexte de rap-

relationship between the shareholder and the company pursuant to which she was entitled to receive dividends as declared from time to time by the directors. The surrounding circumstances suggested to him, at p. 5, that “this was a legitimate business relationship created by all the necessary legal instruments and should not be treated as a sham”. Wilma McClurg had made a real contribution to the establishment of the business through her personal guarantee and the share of the mortgage she assumed on the house she owned jointly with the respondent. Furthermore, she had taken an active part in the operation of the business for which she was paid only a small salary. The appeal was allowed.

Federal Court of Appeal, [1988] 2 F.C. 356

The majority judgment at the Federal Court of Appeal was delivered by Urie J. and was concurred in by Heald J. Urie J. began by expressing a difficulty in appreciating how s. 56(2) could apply in a corporate context. A corporation provides to its shareholders, by way of dividends, such portion of its earnings as its directors deem advisable. Those directors do so in their capacities as directors and not in their personal capacities, no matter how closely held the corporation's shares. Urie J. had further difficulty understanding how “a taxpayer,” when acting as a director, satisfies any of the conditions precedent for the application of s. 56(2). He reasoned, at p. 363, that:

Only the most explicit language, which is not present in subsection 56(2), would justify the notion that a director acting as such could be seen as directing a corporation to divert a transfer or payment for his own benefit or the benefit of another person, absent bad faith, breach of fiduciary duty or acting beyond the powers conferred by the share structure of the corporation, none of which bases have been alleged here.

Furthermore, Urie J. felt that applying s. 56(2) in a corporate context would make no distinction between arm's length and non-arm's length trans-

ports juridiques entre l'actionnaire et la société, en vertu desquels l'actionnaire avait le droit de recevoir les dividendes déclarés à l'occasion par les administrateurs. Les circonstances de l'espèce ont porté le juge à croire, à la p. 5, «qu'il s'agissait d'une relation d'affaires légitime appuyée par tous les documents légaux nécessaires, et qui ne devrait pas être considérée comme du trompe-l'œil». Wilma McClurg a fourni un apport très réel à la mise sur pied de l'entreprise, au moyen de la garantie personnelle qu'elle a donnée et de la part de l'hypothèque qu'elle a assumée sur la maison qu'elle possédait conjointement avec l'intimé. En outre, elle a joué un rôle actif dans l'exploitation de l'entreprise, en échange duquel elle n'a touché qu'un maigre salaire. L'appel a été accueilli.

Cour d'appel fédérale, [1988] 2 C.F. 356

L'arrêt majoritaire de la Cour d'appel fédérale, auquel a souscrit le juge Heald, a été rendu par le juge Urie. Celui-ci a tout d'abord indiqué qu'il avait peine à concevoir comment le par. 56(2) pouvait s'appliquer à une société. La société verse sous forme de dividendes à ses actionnaires la part de ses bénéfices que ses administrateurs estiment indiquée. Ces administrateurs agissent alors en leur qualité d'administrateurs et non à titre personnel, peu importe que les actions puissent être détenues par un grand ou un petit nombre d'actionnaires. Le juge Urie pouvait en outre difficilement comprendre comment on peut affirmer qu'«un contribuable», lorsqu'il agit en qualité d'administrateur, peut remplir l'une ou l'autre des conditions essentielles à l'application du par. 56(2). Il a tenu le raisonnement suivant, à la p. 363:

Seuls les termes les plus explicites, que l'on ne retrouve pas au paragraphe 56(2), justifieraient la notion qu'un administrateur qui agirait en cette qualité pourrait être considéré comme ordonnant à la société de détourner un paiement ou un transfert de biens à son profit ou au profit d'une autre personne, en l'absence de mauvaise foi, d'un abus de confiance ou d'un excès des pouvoirs conférés par l'organisation du capital social de la société, et rien de cela n'a été allégué en l'espèce.

De plus, le juge Urie a estimé que l'application du par. 56(2) à une société ne ferait aucune distinction entre des transferts effectués avec ou sans

actions, leaving all directors at risk of having dividends declared by them, and paid to shareholders who may be relatives, attributed to them for tax purposes. He concluded that the section was not intended to apply to the directors of corporations participating in the declaration of corporate dividends. He dismissed the appeal.

Desjardins J. dissented at the Court of Appeal. She began by observing that, unless otherwise provided in the Articles of Incorporation or by statute, the rights of the classes of shareholders to receive dividends are to be assessed on a basis of equality. She disagreed with Strayer J.'s conclusion that the description of the dividends found in the Articles of Incorporation constituted a "derogation from the principle of equality amongst shareholders recognized in the common law" (at p. 368), stating at p. 369:

What happens in the case at bar is that shareholders in each class are given "the distinction and right to receive dividends to the exclusion of other classes". From that perspective, they are all equal. Moreover, no mathematical formula is given if a distribution were to occur. . . . The directors obtain full control over the allocation if they declare dividends

I doubt that such a discretion to be exercised by way of a resolution of the directors, can be equated with a derogation specific and substantive enough to discard the common law rule of equality of distribution since there is no rule by which the directors are to carry out their discretion.

The moneys paid, in her opinion, ought to have been distributed equally amongst the shareholders and there should have been included in the respondent's income part of the dividends paid to his wife.

In rejecting the trial judge's conclusion that there was a legitimate business relationship between the respondent's wife and the company, Desjardins J. remarked that there is no relationship between the services that a shareholder brings to a company and his or her entitlement to a dividend. The dividends come as a return on

lien de dépendance et ainsi, tous les administrateurs de société, qui pourraient compter des parents parmi les actionnaires, risqueraient de se voir attribuer à des fins d'impôt sur le revenu les dividendes qu'ils auraient déclarés et versés auxdits actionnaires. Il a conclu que le paragraphe en cause n'avait pas été conçu pour s'appliquer aux administrateurs ayant contribué à déclarer les dividendes de sociétés. Il a rejeté l'appel.

Le juge Desjardins de la Cour d'appel était dissidente. Elle a d'abord fait remarquer que, sous réserve de mention contraire dans l'acte constitutif de la société ou dans la loi, les droits aux dividendes de toutes les catégories d'actionnaires doivent s'apprécier à égalité. Elle n'était pas d'accord avec la conclusion du juge Strayer (à la p. 368), selon laquelle les mentions relatives aux dividendes dans l'acte constitutif représentaient une «dérogation au principe de l'égalité entre les actionnaires, reconnu en *common law*» affirmant, à la p. 369:

Ce qui se passe en l'espèce, c'est que les actionnaires de chaque catégorie ont «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions». Selon cette perspective, ils sont tous égaux. De plus, aucune formule mathématique n'est prévue pour un éventuel partage . . . Les administrateurs ont pleins pouvoirs sur la répartition des dividendes qu'ils déclarent, le cas échéant

Je doute qu'un tel pouvoir discrétionnaire qui s'exerce par le biais d'une résolution des administrateurs puisse être assimilé à une dérogation suffisamment précise et importante pour écarter la règle de *common law* ayant trait à l'égalité de la répartition des dividendes puisqu'aucune règle ne régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire des administrateurs.

À son avis, les sommes versées en l'espèce auraient dû être réparties également entre tous les actionnaires, et une partie des dividendes versés à l'épouse de l'intimé aurait dû être incluse dans le revenu de l'intimé.

Rejetant la conclusion du juge de première instance suivant laquelle il existait entre l'épouse de l'intimé et la société une relation d'affaires légitime, le juge Desjardins a fait remarquer qu'il n'existe aucun rapport entre les services rendus par un actionnaire pour la société et son droit à un dividende. Les dividendes représentent le rende-

investment and attach to the share, rather than to the shareholder.

Desjardins J. was not persuaded that s. 56(2), if interpreted widely, would cover every declaration of dividends. Once declared, the amount of the dividend received on each share is governed by a mathematical formula which the director must apply in accordance with the contract between the shareholders and the company.

II. Analysis

This appeal raises issues relating both to corporate law and the law of income taxation. In my view, it is useful to deal with the former first as the analysis is beneficial in the determination of the application of s. 56(2) of the *Income Tax Act*.

1. Corporate Law Issues

I begin the analysis with a statement of the obvious. The decision to declare a dividend lies within the discretion of the directors of a company, subject to any restrictions which have been included in the Articles of Incorporation. This principle has long been accepted at common law and was explicitly recognized by Lord Davey, speaking for the Judicial Committee of the Privy Council, in *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, at p. 95, wherein the principle was described in terms of the "internal management" of the company:

Their Lordships are not aware of any principle which compels a joint stock company while a going concern to divide the whole of its profits amongst its shareholders. Whether the whole or any part should be divided, or what portion should be divided and what portion retained, are entirely questions of internal management which the shareholders must decide for themselves, and the Court has no jurisdiction to control or review their decision, or to say what is a "fair" or "reasonable" sum to retain undivided, or what reserve fund may be "properly" required.

With the advent of statutory regulation of corporations, the authority to pay dividends, recognized at common law as part of the internal management of the company, has been given statutory

ment d'un placement, et ils se rattachent à l'action et non à l'actionnaire.

Le juge Desjardins n'était pas convaincue que le par. 56(2), s'il devait être interprété de façon large, s'appliquerait à toutes les déclarations de dividendes. Une fois le dividende déclaré, le montant attribué à chaque action est régi par une formule mathématique que l'administrateur doit appliquer conformément au contrat conclu entre les actionnaires et la société.

II. Analyse

Ce pourvoi soulève des questions concernant à la fois le droit des sociétés et le droit fiscal. À mon avis, il convient d'examiner tout d'abord les premières, leur analyse étant utile pour déterminer s'il y a lieu d'appliquer le par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

1. Les questions relatives au droit des sociétés

Commençons cette analyse par un simple truisme. La décision de déclarer un dividende est laissée à la discrétion des administrateurs d'une société, sous réserve des restrictions prévues par l'acte constitutif de la société. Ce principe est depuis longtemps accepté en common law et son existence a été expressément reconnue par lord Davey qui a exprimé l'opinion du Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Burland v. Earle*, [1902] A.C. 83, à la p. 95; ce principe y est décrit en fonction de la «gestion interne» de la société:

[TRADUCTION] Leurs Seigneuries ne connaissent aucun principe qui oblige une société par actions prospère à diviser l'ensemble de ses profits entre ses actionnaires. La décision de partager la totalité ou une partie des profits, ou la détermination des profits qui devraient être partagés et de ceux qui ne devraient pas être distribués sont des questions de pure gestion interne que doivent trancher les actionnaires; la Cour n'a pas compétence pour contrôler ou réviser leur décision ni pour déterminer quelle somme «juste» ou «raisonnable» ne devrait pas être partagée, ou quel montant peut «à juste titre» être requis comme fonds de réserve.

Avec l'avènement de la réglementation législative des sociétés, le pouvoir de verser des dividendes qui, suivant la common law, relève de la gestion interne de la société a été légalement

recognition. In the case at bar, the governing legislation is the Saskatchewan *Business Corporations Act* (hereinafter *S.B.C.A.*). In my view, it cannot be disputed that the power to pay dividends is an integral component of the broad grant of managerial power for directors found in s. 97(1) of the Act, cited earlier. I take it, both from an observation of the workings of corporations, and from other provisions in the statute, that the section embraces the common law power of directors. The power to declare dividends is expressly limited in the Act, in much the same way as it was at common law. For example, s. 40 of the *S.B.C.A.*, also cited earlier, prohibits the declaration of a dividend if there exist reasonable grounds to believe that to do so would leave the corporation unable to pay its debts (s. 40(a)); or, if the payment of a dividend would render the realizable value of the assets of the corporation less than the aggregate of its liabilities and stated capital of all classes of shares (s. 40(b)). Although these restrictions are not brought into play by the declarations of dividends in issue in this appeal, the presence of those limitations in the Act suggests that the power to declare dividends is statutorily limited only by restrictions expressly stated.

Of course, the power to declare dividends is further qualified by the fact that the law has for many years recognized that the general managerial power which rests in the directors of a company is fiduciary in nature. The declaration of dividends, which is subsumed within that power, therefore is limited legally in that it must be exercised in good faith and in the best interests of the company. As Professor Welling recognized in his treatise *Corporate Law in Canada* (1984), at p. 614, this limitation exists when any disbursement is made by the directors of a company:

The directors' general managerial power is a fiduciary one, owed to the corporation. It must always be exercised in what the directors' from time to time think is likely to serve the best interests of the corporation. It has been consistently urged throughout this book that "the corporation", as referred to in that context, means the legal and economic entity, not some vague aggregation

reconnu. En l'espèce, la loi applicable est la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan (ci-après la *S.B.C.A.*). Il est incontestable, à mon avis, que le pouvoir de verser des dividendes fait partie intégrante du pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs par le par. 97(1) de la Loi, cité plus haut. Je présume, en me fondant à la fois sur un examen du fonctionnement des sociétés et sur d'autres dispositions de la Loi, que cette disposition englobe le pouvoir reconnu aux administrateurs par la common law. La Loi impose expressément des restrictions au pouvoir de déclarer des dividendes, un peu comme c'était le cas en common law. Par exemple, l'art. 40 de la *S.B.C.A.*, également cité plus haut, interdit de déclarer un dividende s'il existe des motifs raisonnables de croire que, si elle le faisait, la société serait incapable d'acquitter son passif (al. 40a)), ou que si, par suite du versement d'un dividende, la valeur de réalisation de l'actif de la société serait inférieure au total de son passif et de son capital déclaré (al. 40b)). Bien que les déclarations de dividendes dont il est question en l'espèce n'entraînent pas l'application de ces restrictions, la présence de ces dernières dans la Loi semble indiquer que le pouvoir de déclarer des dividendes ne peut être légalement limité que par des restrictions expresses.

Évidemment, le pouvoir de déclarer des dividendes est davantage limité par le fait que la loi reconnaît depuis de nombreuses années que le pouvoir général de gestion conféré aux administrateurs d'une société est de nature fiduciaire. La déclaration de dividendes, qu'englobe ce pouvoir, est par conséquent légalement limitée du fait qu'elle ne peut être effectuée que de bonne foi et au mieux des intérêts de la société. Comme l'a reconnu le professeur Welling dans son traité intitulé *Corporate Law in Canada* (1984), à la p. 614, cette limite s'applique chaque fois que les administrateurs d'une société effectuent une sortie de fonds:

[TRADUCTION] Le pouvoir général de gestion des administrateurs est un pouvoir fiduciaire qu'ils possèdent en raison de l'existence de la société. Les administrateurs doivent l'exercer de la manière qui, selon eux, permet le mieux de servir les intérêts de la société. Tout au long du présent ouvrage, nous avons insisté sur le fait que «la société», dans ce contexte, désigne l'entité juridique et

of the shareholders' wants. This means that dividends should be seen as basically what they seem to be on a narrow, legalistic view: corporate gifts . . . giving it is permissible only to the extent that the directors think that it will serve the corporate entity's best interest, as they then perceive those interests; beyond this, the declaration of any dividend, like any other unauthorized gift of corporate property, is a breach of directors' duty.

In my opinion, this is an accurate statement of the legal basis of the declaration of a dividend in the context of the modern corporation.

Having reviewed the legal basis for the payment of a dividend by a company, another fundamental principle of corporate law can be restated. The appellant, the Minister of National Revenue, argues, and it is conceded by the respondent, that the rights carried by all shares to receive a dividend declared by a company are equal unless otherwise provided in the Articles of Incorporation. This principle, like the managerial power to declare dividends, has been well accepted at common law. The principle, or more accurately, the presumption of equality amongst shares and the prerequisites required to rebut that presumption, are described in Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, 23rd ed., vol. I, at p. 387, para. 33-06:

Prima facie the rights carried by the shares rank *pari passu*, i.e. the shareholders participate in the benefits of membership equally. It is only when a company divides its share capital into different classes with different rights attached to them that the *prima facie* presumption of equality of shares may be displaced.

In my view, a precondition to the derogation from the presumption of equality, both with respect to entitlement to dividends and other shareholder entitlements, is the division of shares into different "classes". The rationale for this rule can be traced to the principle that shareholder rights attach to the shares themselves and not to shareholders. The division of shares into separate classes, then, is the means by which shares (as opposed to sharehold-

économique et non quelque assemblage imprécis des aspirations des actionnaires. Cela signifie qu'il faut considérer les dividendes pour ce qu'ils semblent être d'un point de vue étroit et légaliste: des dons de la société. [. . .] étant donné que cela n'est permis que dans la mesure où les administrateurs estiment que cela servira au mieux les intérêts de la société, tels qu'ils les perçoivent alors; dans les autres cas, la déclaration d'un dividende, comme tout autre don non autorisé d'un bien de la société, constitue une violation de l'obligation des administrateurs.

À mon avis, ce passage énonce clairement le fondement juridique de la déclaration d'un dividende dans le contexte des sociétés modernes.

Après avoir examiné les principes juridiques sur lesquels repose le versement d'un dividende par une société, il est possible de rappeler un autre principe fondamental du droit des sociétés. L'appellant, le ministre du Revenu national, soutient, ce qu'admet l'intimé, que les droits que comportent toutes les actions de recevoir un dividende déclaré par une société sont égaux à moins que l'acte constitutif ne prévoie le contraire. Ce principe, tout comme le pouvoir des administrateurs de déclarer des dividendes, est bien reconnu en common law. Le principe, ou plus précisément, la présomption d'égalité entre les actions ainsi que les conditions préalables nécessaires pour réfuter cette présomption sont décrits dans Schmitthoff, *Palmer's Company Law*, 23^e éd., vol. I, à la p. 387, par. 33-06:

[TRADUCTION] À première vue, les droits que comportent les actions sont de même rang, c.-à-d. que les actionnaires participent également aux bénéfices découlant de leur appartenance à la société. Ce n'est que lorsque la compagnie divise son capital-actions en différentes catégories assorties de droits différents qu'il peut y avoir déplacement de la présomption *prima facie* d'égalité des actions.

À mon avis, la division des actions en différentes «catégories» constitue une condition nécessaire pour pouvoir déroger à la présomption d'égalité, à la fois en ce qui concerne le droit aux dividendes et les autres droits des actionnaires. Cette règle trouve sa raison d'être dans le principe voulant que les droits des actionnaires se rattachent aux actions elles-mêmes et non aux actionnaires. Ainsi, la division des actions en différentes catégories

ers) are distinguished, and in turn allows for the derogation from the presumption of equality: *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752 (C.A.), at p. 754 (*per* Houlden J.A.).

The concept of share "classes" is not technical in nature, but rather is simply the accepted means by which differential treatment of shares is recognized in the Articles of Incorporation of a company. As Professor Welling, *supra*, succinctly explains, at p. 583, "a class is simply a sub-group of shares with rights and conditions in common which distinguish them from other shares". Indeed, the use of the share class is recognized in the *S.B.C.A.* as the means by which derogation from the principle of equality is to be achieved. The statute thus explicitly requires that "the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each class" must be expressly stated in the Articles of Incorporation: s. 24(4)(a).

Having outlined the underlying principles of corporate law relevant to the issues raised on this appeal, the application of those principles to the facts can be attempted. The appellant argues that the discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation of Northland Trucks does not create discrete classes of shares with different rights to dividends. Furthermore, the Minister contends that the clause creates no right to dividends at all and, therefore, does not comply with the statutory requirement in s. 24(4)(a). Consequently, the allocation of a dividend made pursuant to the discretionary dividend clause must be disregarded because of its failure to comply with the *S.B.C.A.* and with the principles of corporate and common law. As a result, the presumption of equality has not been rebutted and equality of distribution amongst the share classes prevails. As I have earlier noted, Desjardins J. in her dissenting reasons at the Court of Appeal accepted this argument, and held that the clause permits the directors to create differences in dividend allocation "at whim". She thus expressed doubts, at p. 369, as to whether:

permet d'établir une distinction entre les actions (par opposition aux actionnaires) et ensuite, de déroger à la présomption d'égalité: *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) a 752 (C.A.), à la p. 754 (le juge Houlden).

Le concept des «catégories» d'actions n'a pas un caractère formaliste; il s'agit plutôt simplement du b moyen accepté par lequel on reconnaît dans l'acte constitutif d'une société des disparités dans le traitement des actions. Comme l'explique brièvement le professeur Welling, précité, à la p. 583 [TRANSDUCTION] «une catégorie est tout simplement un c sous-groupe d'actions comportant des conditions et des droits communs qui les distinguent des autres actions». En fait, la *S.B.C.A.* reconnaît que l'utilisation de catégories d'actions constitue le moyen d déroger au principe de l'égalité. Ainsi, elle exige expressément que [TRADUCTION] «les droits, privilèges, restrictions et conditions qui se rattachent aux actions de chaque catégorie» soient énoncés expressément dans l'acte constitutif: al. 24(4)a).

e Après avoir exposé les principes sous-jacents du droit des sociétés pertinents aux questions soulevées dans le présent pourvoi, on peut maintenant tenter d'appliquer ces principes aux faits. L'appellant soutient que la clause de dividende discrétionnaire figurant dans l'acte constitutif de Northland Trucks ne crée pas de catégories d'actions distinctes, assorties de droits différents quant aux dividendes. Le Ministre allègue en outre que cette clause ne crée aucun droit aux dividendes et que, par conséquent, elle ne satisfait pas à l'exigence de l'al. 24(4)a). En conséquence, il ne faut pas tenir compte de la répartition de dividendes faite conformément à la clause de dividende discrétionnaire parce qu'elle ne respecte pas la *S.B.C.A.* ni les principes du droit des sociétés et de la common law. La présomption d'égalité n'ayant pas été réfutée, il doit y avoir répartition égale entre les catégories d'actions. Comme je l'ai déjà souligné, le juge Desjardins de la Cour d'appel a accepté cet argument dans ses motifs de dissidence et elle a statué que la clause permet aux administrateurs de créer des distinctions «selon leur fantaisie» en ce j qui concerne la répartition des dividendes. Elle a ensuite affirmé, à la p. 369, qu'elle doutait:

... such a discretion to be exercised by way of a resolution of the directors, can be equated with a derogation specific and substantive enough to discard the common law rule of equality of distribution since there is no rule by which the directors are to carry out their discretion.

The respondent argues, on the other hand, that the discretionary dividend clause is a valid exercise of contractual rights between the company and its shareholders in accordance with the common law and statute. Moreover, the right to receive dividends in potentially unique amounts gives each share class different rights. It is argued that this is a material distinction sufficient to create separate share classes with differentiated dividend entitlements which, in turn, validly derogates from the principle of equality.

I agree with the arguments which the respondent has raised in this regard. In my opinion, the discretionary dividend clause is both a valid means of allocating declared dividends and is sufficient to rebut the presumption of equality amongst shares. I find this determination, with respect to the presumption of equality, to be a simple factual inquiry. In my view, the presence of a discretionary dividend clause can only be interpreted as creating differences between share classes, since that is the rationale for the clause. As far as the statutory requirements are concerned, the purpose of s. 24(4)(a) is to ensure that shareholders are fully aware of their entitlements and privileges to the extent that the presumption of equality is rendered inapplicable. To my mind, that purpose has been met since the dividend entitlements are clearly set out in the description of the share classes. In this regard, I find the argument of Quessy in his article "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 R.P.F.S. 31, at p. 45, to be persuasive:

[TRANSLATION] ... the inclusion in the articles of a discretionary dividend clause expressly establishes that the corporation intends to derogate from the principle of equality among shareholders. The provision included in the articles alters the division of profits, which in the absence of such a provision would have to be made in

... qu'un tel pouvoir discrétionnaire qui s'exerce par le biais d'une résolution des administrateurs puisse être assimilé à une dérogation suffisamment précise et importante pour écarter la règle de *common law* ayant trait à l'égalité de la répartition des dividendes puisqu'aucune règle ne régit l'exercice du pouvoir discrétionnaire des administrateurs.

L'intimé prétend pour sa part que la clause de dividende discrétionnaire constitue un exercice valide des droits contractuels liant la société et ses actionnaires, conformément à la common law et à la Loi. En outre, le droit de recevoir des dividendes d'un montant possiblement unique confère des droits différents à chaque catégorie d'actions. Il allègue qu'il s'agit d'une distinction importante, suffisante pour créer des catégories distinctes d'actions assorties de droits différents aux dividendes, ce qui constitue une dérogation valide au principe de l'égalité.

Je souscris aux arguments soulevés par l'intimé à cet égard. À mon avis, la clause de dividende discrétionnaire constitue à la fois un moyen légitime de répartir les dividendes déclarés et suffit à réfuter la présomption d'égalité des actions. J'estime que cette conclusion relative à la présomption d'égalité résulte d'un simple examen des faits. À mon avis, la seule interprétation possible de la présence d'une clause de dividende discrétionnaire est qu'elle crée des distinctions entre les catégories d'actions, puisqu'il s'agit de la raison même de son existence. Pour ce qui est des exigences prévues dans la Loi, l'al. 24(4)a) a pour objet d'assurer que les actionnaires connaissent pleinement leurs droits et privilèges de manière à rendre inapplicable la présomption d'égalité. Selon moi, cet objectif est atteint puisque les droits aux dividendes sont clairement énoncés dans la description des catégories d'actions. À cet égard, j'estime convaincants les propos de Quessy dans son article intitulé «Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire», [1985] 7 R.P.F.S. 31, à la p. 45:

... l'inclusion dans les statuts d'une clause de dividende discrétionnaire établit expressément que la corporation entend déroger au principe de l'égalité entre actionnaires. La disposition incluse aux statuts modifie le partage des profits qui devrait, en l'absence d'une telle disposi-

accordance with the principle of equality among shareholders.

I am in full agreement with Strayer J. (at p. 5) that, with respect to the presumption of equality, “the Articles of Incorporation specifically provide to the contrary”. In my view, then, the presumption of equality manifestly has been rebutted.

I find the appellant’s arguments, as they relate to the validity of a discretionary dividend clause in terms of general corporate law and the requirements of the *S.B.C.A.*, to be equally unpersuasive. Counsel for the appellant placed considerable emphasis in his arguments upon the nature of a shareholder “right”, arguing that for the purposes of the statute and common law, a right to a dividend comprises a right to a portion of the total dividend declared, calculated according to the terms set out in the share description if and when the directors decide to make a distribution of the profits of the company. The appellant argues that the insertion of a discretionary dividend clause in the Articles of Incorporation is insufficient to confer a “right” since no corresponding “duty” is imposed on the company to pay dividends on that class once a dividend has been declared. Implicitly, Desjardins J. accepted this argument when she referred to the ability of the directors to allocate dividends “at whim”. The appellant argues that this unconstrained discretion cannot be considered a “right” which is conferred by the shares.

I disagree with this analysis. In my opinion, the fact that dividend rights are contingent upon the exercise of the discretion of the directors to allocate the declared dividend between classes of shares does not render entitlement to a dividend any less a “right”. Rather, it is the entitlement to be considered for a dividend which is more properly characterized in those terms. I agree with the respondent that the Class B common shareholders of the company have an entitlement comparable to that of a fixed dividend holder to receive a dividend if the company’s directors declare one. As well, the appellant’s argument that there is no corresponding “duty” on directors as regards the

tion, être effectué selon le principe de l’égalité entre actionnaires.

Je suis entièrement d’accord avec le juge Strayer (à la p. 5) lorsqu’il déclare, en ce qui concerne la présomption d’égalité, que «les statuts de constitution prévoient exactement le contraire». À mon avis, il est donc évident que la présomption d’égalité a été repoussée.

J’estime que les arguments de l’appelant ayant trait à la validité d’une clause de dividende discrétionnaire au regard du droit général des sociétés et des exigences de la *S.B.C.A.* ne sont guère plus convaincants. L’avocat de l’appelant a beaucoup insisté, dans sa plaidoirie, sur la nature du «droit» d’un actionnaire, soutenant qu’aux fins de la Loi et de la common law le droit à un dividende comporte le droit à une fraction du dividende total déclaré, calculée conformément aux conditions énoncées dans la description des actions lorsque les administrateurs décident de répartir les profits de la société. L’appelant soutient que l’insertion d’une clause de dividende discrétionnaire dans l’acte constitutif ne suffit pas à conférer un «droit» étant donné qu’aucune «obligation» correspondante n’est imposée à la société de verser des dividendes pour cette catégorie une fois qu’un dividende a été déclaré. Le juge Desjardins a implicitement souscrit à cet argument lorsqu’elle a fait référence à la capacité des administrateurs de répartir les dividendes «selon leur fantaisie». L’appelant prétend que ce pouvoir discrétionnaire illimité ne saurait être considéré comme un «droit» conféré par les actions.

Je ne suis pas d’accord avec cette analyse. À mon avis, ce n’est pas parce que les droits aux dividendes dépendent de l’exercice par les administrateurs de leur pouvoir discrétionnaire de répartir le dividende déclaré entre les catégories d’actions qu’il ne s’agit pas d’un «droit». C’est plutôt le droit d’être pris en compte pour le partage d’un dividende qu’il convient davantage de qualifier ainsi. Je suis d’accord avec l’intimé pour dire que le droit des actionnaires ordinaires de la catégorie B de la société de recevoir un dividende, si les administrateurs de la société en déclarent un, est comparable à celui du détenteur d’un dividende fixe. En outre, je suis d’avis que l’argument de l’appelant suivant

“right” of shareholders is, in my view, specious. The directors are bound by their fiduciary duty to act in good faith for the best interests of the company in the declaration and allocation of any dividend. That duty is in no way circumvented by the presence of a discretionary dividend clause. Finally, I think that it should be borne in mind that many shareholder rights may be qualified and contingent (voting rights, the right to transfer shares, preferential rights to dividends, participation rights); yet the mere fact that these rights are fettered does not render them anything less than shareholder rights.

In a similar vein, I do not agree that the absence of a mathematical formula for the allocation of declared dividends in the Articles of Incorporation of the company is dispositive of the issue of the validity of the discretionary dividend clause. As the decision to declare a dividend and the determination of the funds available for a dividend are already within the discretion of the directors, it seems to me that a discretionary dividend clause is not a significant departure or extension of that discretion: *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145 (Alta. C.A.). If shares are divided into separate classes, one of which contains a preferred entitlement to dividends declared by the company, the directors effectively have the discretion to allocate dividends only to that preferred class. Thus, the respondent could have achieved precisely the same allocation of dividends by structuring the company so that Wilma McClurg and Suzanne Ellis constituted a preferred class of shareholders with first entitlement to dividends. Such a structure would be unimpeachable in terms of the principles of corporate law.

Furthermore, it cannot reasonably be maintained that the presence of a discretionary dividend clause inherently leads to a conflict of the duty of directors and their self-interest any more than does the discretion to declare a dividend in any company. Consequently, I cannot agree with

lequel les administrateurs n'ont aucune «obligation» correspondante par rapport au «droit» des actionnaires est spécieux. Les administrateurs sont tenus, en vertu de leur obligation fiduciaire, d'agir de bonne foi, au mieux des intérêts de la société en question, lorsqu'ils déclarent et répartissent un dividende. La présence d'une clause de dividende discrétionnaire ne fait nullement disparaître cette obligation. Enfin, je pense qu'il ne faut pas oublier que nombre de droits des actionnaires peuvent être restreints ou conditionnels (le droit de vote, le droit de céder des actions, les droits privilégiés aux dividendes, les droits de participation); néanmoins, ces droits n'en constituent pas moins des droits des actionnaires même s'ils font l'objet de restrictions.

Dans le même ordre d'idées, je ne saurais convenir que l'absence dans l'acte constitutif de la société d'une formule mathématique régissant le partage des dividendes déclarés tranche la question de la validité de la clause de dividende discrétionnaire. La décision de déclarer un dividende et la détermination des sommes disponibles à cette fin relevant déjà du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, il me semble qu'une clause de dividende discrétionnaire ne constitue pas une dérogation importante à ce pouvoir ni une extension de sa portée: *De Vall v. Wainwright Gas Co.*, [1932] 2 D.L.R. 145 (C.A. Alb.). Lorsque les actions sont divisées en catégories distinctes, dont l'une comporte un droit privilégié aux dividendes déclarés par la société, les administrateurs possèdent réellement le pouvoir discrétionnaire de répartir les dividendes parmi les actionnaires de cette catégorie privilégiée seulement. Par conséquent, l'intimé aurait pu obtenir exactement la même répartition des dividendes en structurant la société de manière à ce que Wilma McClurg et Suzanne Ellis constituent une catégorie privilégiée d'actionnaires ayant un droit prioritaire aux dividendes. Une telle structure serait inattaquable suivant les principes du droit des sociétés.

De plus, on ne peut raisonnablement soutenir que la présence d'une clause de dividende discrétionnaire entraîne en soi un conflit entre l'obligation des administrateurs et leur intérêt personnel, pas plus d'ailleurs que ne le fait le pouvoir discrétionnaire de déclarer un dividende dans toute

those authors who take the position that the allocation of dividends by directors, pursuant to a discretionary dividend clause, inherently cannot be exercised in the best interests of the company: see Martel and Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I, at pp. 18-10 through 18-14C; Boivin, "Le droit aux dividendes et le dividende 'discrétionnaire'" (1987), 47 *R. du B.* 73. I agree with the argument of the respondent that it is unrealistic to think that directors will not pay heed to the identity of shareholders and the contribution to the company of those shareholders any time a decision is made as to whether dividends of any sort should be declared. The fact that directors may consider the identity of shareholders does not necessarily render the declaration invalid on the basis of a conflict of duty and self-interest. For example, the discretion could be exercised for the purpose of rewarding a group of employees who comprise a preferred class of shareholders and who have been encouraged to invest in a company. Surely the fact that the identity of the holders of that class of shares was considered in the decision to declare a dividend and in the determination of the quantum of the dividend would not render the decision invalid. To reiterate, the limitation on the decision is purely a fiduciary one and the entitlement of a shareholder is "to share in the profits of the company when these are declared as dividends in respect of the shares of the class of which his share forms a part" (emphasis added): Bryden, "The Law of Dividends", in Jacob S. Ziegel, ed., *Studies in Canadian Company Law*, at p. 270. That right is in no way undermined by the presence of a discretionary dividend clause.

In other words, the clause simply divides conceptually into two components—declaration and allocation—what has been, traditionally, one decision. In substance, though, the discretion which lies in the hands of the directors has always included both, subject to the provisions of the Articles of Incorporation. In this regard, the only other limitation upon the directors of which I am aware is that "if a dividend is declared by [a] corporation ... there must be some shares entitled to receive

société. Par conséquent, je ne puis partager l'opinion des auteurs qui estiment que la répartition de dividendes par les administrateurs, conformément à une clause de dividende discrétionnaire, ne peut fondamentalement être effectuée au mieux des intérêts de la société: voir Martel et Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques*, vol. I, aux pp. 18-10 à 18-14C; Boivin, «Le droit aux dividendes et le dividende «discrétionnaire»» (1987), 47 *R. du B.* 73. Je conviens avec l'intimé qu'il est irréaliste de croire que les administrateurs ne tiennent pas compte de l'identité des actionnaires ni de leur apport à la société lorsque vient le temps de décider si un dividende de quelque sorte que ce soit devrait être déclaré. La possibilité que les administrateurs tiennent compte de l'identité des actionnaires n'a pas nécessairement pour effet d'invalider la déclaration en raison d'un conflit entre leur obligation et leur intérêt personnel. Par exemple, ils pourraient exercer leur pouvoir discrétionnaire afin de récompenser un groupe d'employés englobant une catégorie privilégiée d'actionnaires et qui ont été encouragés à investir dans une société. La décision de déclarer un dividende ne deviendrait certainement pas nulle du fait qu'on a tenu compte de l'identité des détenteurs de cette catégorie d'actions pour prendre cette décision et pour déterminer le montant du dividende à verser. Je le répète, la limite à laquelle est assujettie cette décision est d'ordre purement fiduciaire et le droit d'un actionnaire est [TRADUCTION] «de recevoir sa part des profits de la société lorsqu'ils sont déclarés sous forme de dividendes relativement aux actions de la catégorie dont son action fait partie» (je souligne): Bryden, «The Law of Dividends», dans Jacob S. Ziegel, éd., *Studies in Canadian Company Law*, à la p. 270. Ce droit n'est nullement amoindri par la présence d'une clause de dividende discrétionnaire.

En d'autres termes, la clause ne fait que diviser, sur le plan conceptuel, en deux éléments—déclaration et répartition—ce qui, traditionnellement, constituait une seule décision. Au fond, pourtant, le pouvoir discrétionnaire des administrateurs a toujours comporté ces deux éléments, sous réserve des dispositions de l'acte constitutif de la société. À cet égard, la seule autre limite imposée aux administrateurs dont je sois au courant est que [TRADUCTION] «lorsqu'un dividende est déclaré

the dividend": Welling, *supra*, at pp. 588-89. The principle has been given statutory recognition in s. 24(4)(b) of the *S.B.C.A.* In my view, this rule is not defeated by the presence of the discretionary dividend clause because the identity of the class eligible for a dividend simply remains unknown until the allocation takes place. This conceptual division into declaration and allocation is not substantively different from any derogation from the presumption of equality in the payment of dividends. Consequently, for this Court to find that the use of a discretionary dividend clause on these facts was an invalid exercise of the discretion of the directors would be to defeat the substance of what was achieved solely on the basis of its form.

Finally, I question whether it would be appropriate for this Court to determine that the use of a discretionary dividend clause is invalid in the context of an income tax appeal. The purpose of the governing statute, the *S.B.C.A.*, is facilitative—that is, it allows parties, with certain explicit restrictions, to structure bodies corporate as they wish. As well, the Act provides the means for an aggrieved party—security holder, creditor, director or officer—whose interests have not been regarded fairly by the corporation, to seek redress through the oppression remedy in s. 234 of the Act. No such complaint has been lodged by any interested party in this case, presumably because all those involved in this company are satisfied with the way in which the directors are conducting its affairs. Furthermore, at common law it is a well-established principle that where shareholders are unanimously agreed to a transaction, inequality of treatment does not render it *ultra vires* the company: Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, at pp. 321-22. As I have found that the use of a discretionary dividend clause is not prohibited expressly by the Act, nor contrary to common law or corporate law principles, I think the permissive spirit of the Act demands that a conclusion be reached that the use of the clause is valid. As Quessy, *supra*, explained, at p. 48, the use of the clause represents a legitimate exercise of the con-

par une société [...] il doit exister des actions donnant droit à ce dividende: Welling, précité, aux pp. 588 et 589. Ce principe a été reconnu à l'al. 24(4)b) de la *S.B.C.A.* À mon avis, la présence de la clause de dividende discrétionnaire ne fait pas échec à cette règle parce que l'identité de la catégorie d'actions admissible à un dividende demeure tout simplement inconnue jusqu'au moment de la répartition. Cette division conceptuelle en déclaration et répartition n'est pas fondamentalement différente d'une dérogation à la présomption d'égalité dans le versement des dividendes. Par conséquent, si notre Cour devait conclure, compte tenu de ces faits, que l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire constituait un exercice invalide du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, ce serait faire échec pour des raisons de pure forme à ce qu'on a réussi à faire.

Enfin, je doute qu'il serait justifié pour notre Cour de statuer que l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire est invalide dans le cadre d'un pourvoi en matière d'impôt sur le revenu. La loi applicable, la *S.B.C.A.*, a pour objet de faciliter les choses, c'est-à-dire qu'elle permet aux parties, sous certaines réserves explicites, de structurer les sociétés comme elles le désirent. De même, la Loi fournit à la partie lésée—peu importe qu'il s'agisse d'un détenteur de valeurs mobilières, d'un créancier, d'un administrateur ou d'un dirigeant—dont les intérêts n'ont pas été considérés d'une manière équitable par la société le moyen de demander réparation grâce au recours prévu à l'art. 234 de la Loi pour les cas d'abus. Aucune des parties intéressées n'a déposé une telle plainte en l'espèce, probablement parce que toutes les personnes en cause dans cette société sont satisfaites de la manière dont les administrateurs la gèrent. De plus, il est bien établi en common law que lorsque les actionnaires s'entendent unanimement sur une opération, celle-ci ne constitue pas un excès de pouvoir de la part de la société parce qu'il y a eu inégalité de traitement: Wegenast, *The Law of Canadian Companies*, aux pp. 321 et 322. Ayant conclu que l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire n'est pas interdite expressément par la Loi, ni contraire à la common law ou aux principes du droit des sociétés, j'estime que l'esprit

tractual rights between shareholders and a company:

[TRANSLATION] ... the declaration and payment of a dividend by the directors on discretionary dividend shares is a legal act under the Corporations Acts when the articles contain a provision conferring greater discretion on them. We then have shares of the capital stock carrying the right to receive any dividend declared. Moreover, the articles contain an express provision indicating that the parties intend to derogate from the principle of equality among shareholders. Accordingly, as the parties to the contract are not acting contrary to public order and not infringing the law, we are of the view that the terms of the agreement concluded by them should be observed.

I agree with this conclusion. Professor Eisenberg, more than two decades ago, in his work on modern corporate law, "The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking" (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1, at p. 180, reasoned that "[i]n the case of the privately held corporation, legal rules governing internal decisionmaking should be suppletory in nature and based on the shareholders' probable expectations". Given that the legislature has not chosen to disallow the discretionary dividend clause, and no shareholder has taken remedial action against its use (presumably because shareholder expectations have been realized by its exercise), it would be paternalistic in the extreme for this Court to invalidate the clause at the behest of the appellant Minister of National Revenue. If the legislature determines that the use of the discretionary dividend clause undermines the reasonable expectations of shareholders or is in some way unfair to an interested party, then it is up to the legislature to limit the use of this means of structuring corporate affairs.

In conclusion, then, I find nothing untoward in the use of the discretionary dividend clause in the allocation of corporate dividends. There is nothing in the *S.B.C.A.* or at common law that prohibits this dividend allocation technique.

permissif de la Loi exige de conclure que l'utilisation de cette clause est valide. Comme l'a expliqué Quessy, précité, à la p. 48; l'utilisation de cette clause représente un exercice légitime des droits

a contractuels liant les actionnaires et une société:

... la déclaration et le versement d'un dividende par les administrateurs sur les actions à dividende discrétionnaire constituent un acte légal en regard des lois corporatives lorsque les statuts renferment une disposition qui leur confère une discrétion accrue. En effet, nous avons alors des actions du capital-actions qui donnent le droit de recevoir tout dividende déclaré. De plus, les statuts renferment une disposition expresse qui démontre que les parties entendent déroger au principe de l'égalité entre actionnaires. Ainsi, comme les parties au contrat ne vont pas à l'encontre de l'ordre public et ne dérogent pas à la loi, nous croyons qu'il faut respecter les conditions de l'accord qu'ils ont conclu.

d Je partage cette conclusion. Il y a plus de vingt ans déjà, le professeur Eisenberg dans son ouvrage portant sur le droit des sociétés moderne, intitulé «The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decisionmaking» (1969), 57 *Cal. L. Rev.* 1, à la p. 180, a tenu le raisonnement suivant: [TRADUCTION] «[d]ans le cas d'une société fermée, les règles juridiques régissant la prise de décisions internes ne devraient être que de nature supplétive et fondées sur les attentes probables des actionnaires». Étant donné que le législateur n'a pas choisi d'interdire la clause de dividende discrétionnaire, et qu'aucun actionnaire n'a exercé de recours contre son utilisation (probablement parce que celle-ci a permis de satisfaire aux attentes des actionnaires), notre Cour ferait montre d'un paternalisme excessif si elle décidait d'annuler la clause à la demande du ministre du Revenu national appelant. Si le législateur détermine que l'utilisation de la clause de dividende discrétionnaire mine les attentes raisonnables des actionnaires ou est injuste de quelque manière que ce soit envers une partie intéressée, il lui incombe de restreindre l'utilisation de ce moyen de structurer les activités des sociétés.

Je conclus donc qu'il n'y a rien de répréhensible à utiliser une clause de dividende discrétionnaire pour répartir les dividendes d'une société. D'ailleurs, rien dans la *S.B.C.A.* ou la common law n'interdit l'usage de cette méthode de répartition des dividendes.

2. *Income Tax Implications*

Having dealt with the corporate law issues raised by the use of a discretionary dividend clause, I now turn to the primary issue raised in this appeal, namely, the tax consequences of the allocation of dividends made pursuant to the clause. This analysis entails an examination of s. 56(2) of the *Income Tax Act* and its application to the facts at bar. Before proceeding with that analysis, though, I would like to review briefly the method of interpretation to be followed in applying the section.

Interpretation of Taxing Statutes

In recent years this Court, in an income tax appeal, has found it beneficial to engage explicitly in the development of an interpretative approach to the *Income Tax Act*, an approach which is wedded neither to a rule of "strict construction" nor to an all-encompassing test of "independent business purpose". This trend began with the judgment of Estey J. in his majority reasons in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536. In that case, Estey J. undertook an extensive discussion of interpretative techniques, and he drew a conclusion as to the preferred approach to be taken by the courts, at p. 576:

It seems more appropriate to turn to an interpretation test which would provide a means of applying the Act so as to affect only the conduct of a taxpayer which has the designed effect of defeating the expressed intention of Parliament. In short, the tax statute, by this interpretative technique, is extended to reach conduct of the taxpayer which clearly falls within "the object and spirit" of the taxing provisions.

Estey J. expanded upon this test of "object and spirit" in his majority judgment in *The Queen v. Golden*, [1986] 1 S.C.R. 209, at pp. 214-15:

... the law is not confined to a literal and virtually meaningless interpretation of the Act where the words will support on a broader construction a conclusion which is workable and in harmony with the evident purposes of the Act in question. Strict construction in the historic sense no longer finds a place in the canons of

2. *Les incidences fiscales*

Ayant traité les questions que soulève, en matière de droit des sociétés, l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire, j'examine maintenant le principal point soulevé dans le présent pourvoi, soit les incidences fiscales d'une répartition des dividendes effectuée conformément à cette clause. Une telle analyse nécessite un examen du par. 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de son application aux faits de l'espèce. Avant d'effectuer cette analyse, j'aimerais cependant revoir brièvement la manière dont il faut interpréter ce paragraphe.

L'interprétation des lois fiscales

Au cours des dernières années, notre Cour a jugé bon, dans un pourvoi en matière d'impôt sur le revenu, de se lancer explicitement dans la conception d'une méthode d'interprétation de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, méthode qui n'est liée ni à une règle d'«interprétation stricte» ni à un critère global de «l'objet commercial indépendant». Cette tendance a commencé dans les motifs majoritaires du juge Estey dans l'affaire *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, où il a procédé à un examen approfondi des techniques d'interprétation et tiré une conclusion quant à la méthode que devraient préférer les tribunaux (à la p. 576):

Il paraît plus approprié d'avoir recours à un critère d'interprétation qui permettrait d'appliquer la Loi de manière à viser seulement la conduite du contribuable qui a comme effet intentionnel de contourner la volonté expresse du législateur. En bref, cette technique d'interprétation fait porter la législation fiscale sur la conduite du contribuable qui relève manifestement de l'objet et de l'esprit des dispositions fiscales.

Le juge Estey s'est étendu sur ce critère de «l'objet et de l'esprit» dans l'opinion majoritaire qu'il a rédigée dans l'affaire *La Reine c. Golden*, [1986] 1 R.C.S. 209, aux pp. 214 et 215:

... la règle applicable ne se limite pas à une interprétation de la loi littérale et presque dépourvue de sens lorsque, selon une interprétation plus large, les mots permettent d'arriver à une conclusion réalisable et compatible avec les objectifs évidents de la loi en cause. L'interprétation stricte, au sens historique du terme, n'a

interpretation applicable to taxation statutes in an era such as the present

More recently, in *Bronfman Trust v. The Queen*, [1987] 1 S.C.R. 32, I described the approach in terms of the need to discern the commercial reality of a taxpayer's transaction, at pp. 52-53:

I acknowledge, however, that just as there has been a recent trend away from strict construction of taxation statutes . . . so too has the recent trend in tax cases been towards attempting to ascertain the true commercial and practical nature of the taxpayer's transactions. There has been, in this country and elsewhere, a movement away from tests based on the form of transactions and towards tests based on . . . a "common sense appreciation of all the guiding features" of the events in question

This is, I believe, a laudable trend provided it is consistent with the text and purposes of the taxation statute. Assessment of taxpayers' transactions with an eye to commercial and economic realities, rather than juristic classification of form, may help to avoid the inequity of tax liability being dependent upon the taxpayer's sophistication at manipulating a sequence of events to achieve a patina of compliance with the apparent prerequisites for a tax deduction.

Thus, in proceeding to analyze the tax consequences of the application of the discretionary dividend clause, it is necessary to determine both the purpose of the legislative provision and the economic and commercial reality of the taxpayer's actions. To a certain extent, the latter inquiry in the case at bar already has been answered by my determination that the use of the discretionary dividend clause is a valid means whereby directors of a company can distribute dividends. The question also is answered, in part, by the fact that it was not argued by the appellant that the payment of dividends to Wilma McClurg was a "sham". Therefore, to use the words of Estey J. in *Stuart Investments Ltd.*, *supra*, at p. 572, it cannot be said that the transaction was "constructed as to create a false impression in the eyes of a third party, specifically the taxing authority". Having

plus sa place dans les règles d'interprétation applicables aux lois fiscales à une époque comme la nôtre

Plus récemment, dans l'arrêt *Bronfman Trust c. La Reine*, [1987] 1 R.C.S. 32, j'ai décrit cette méthode en fonction de la nécessité de déterminer la véritable nature commerciale de l'opération du contribuable, aux pp. 52 et 53:

Je reconnais toutefois que, tout comme il y a eu tendance dernièrement à s'éloigner d'une interprétation stricte des lois fiscales [. . .], de même la jurisprudence récente en matière fiscale a tendance à essayer de déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations du contribuable. En effet, au Canada et ailleurs, les critères fondés sur la forme des opérations sont laissés de côté en faveur de critères fondés sur [. . .] une [TRADUCTION] «appréciation saine de toutes les caractéristiques directrices» des événements en question

Il s'agit là, je crois, d'une tendance louable, pourvu qu'elle soit compatible avec le texte et l'objet de la loi fiscale. Si, en appréciant les opérations des contribuables, on a présent à l'esprit les réalités commerciales et économiques plutôt que quelque critère juridique formel, cela aidera peut-être à éviter que l'assujettissement à l'impôt dépende, ce qui serait injuste, de l'habileté avec laquelle le contribuable peut se servir d'une série d'événements pour créer une illusion de conformité avec les conditions apparentes d'admissibilité à une déduction d'impôt.

Il est donc nécessaire, pour analyser les incidences fiscales de l'application d'une clause de dividende discrétionnaire, de déterminer à la fois l'objet de la disposition législative et les réalités commerciales et économiques des opérations du contribuable. En l'espèce, j'ai déjà répondu dans une certaine mesure à cette dernière question en statuant que l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire constitue une méthode légitime à laquelle les administrateurs peuvent recourir pour répartir les dividendes d'une société. Une réponse partielle découle également du fait que l'appellant n'a pas allégué que le versement de dividendes à Wilma McClurg était feint. Par conséquent, pour reprendre les termes du juge Estey dans l'affaire *Stuart Investments Ltd.*, précitée, à la p. 572, on ne peut affirmer que l'opération a été «réalisée [. . .] de manière à créer une fausse impression pour les tiers, notamment les autorités fiscales». Ces questions préliminaires étant tranchées, il est

determined these preliminary issues, the purpose of s. 56(2) can be examined.

Subsection 56(2) of the *Income Tax Act*

In attempting to discern the purpose of s. 56(2), it is helpful to refer to the body of jurisprudence dealing with the subsection. A useful starting point is an early case dealing with the predecessor section to s. 56(2): *Miller v. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139 (Ex. Ct.). In that case, Thurlow J., as he then was, in examining s. 16(1) of the Act, made some general comments, at p. 1147, as to the anti-avoidance purpose of the provision which remain relevant today:

In my opinion, s. 16(1) is intended to cover cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount received by some other person whom he wishes to benefit or by some other person for his own benefit. The scope of the subsection is not obscure for one does not speak of benefitting a person in the sense of the subsection by making a business contract with him for adequate consideration.

Strayer J. noted, at p. 4, in respect of the *Miller* case:

Two important qualifications are noted here: the first is that the taxpayer seek "to avoid receipt" of funds, presumably funds that would otherwise be payable to him; and the second is that the concept of payment of a "benefit" is contrasted to payments for adequate consideration.

In my opinion, the views of Thurlow J. and Strayer J. provide a sound foundation for the interpretation of s. 56(2). The subsection obviously is designed to prevent avoidance by the taxpayer, through the direction to a third party, of receipts which he or she otherwise would have obtained. I agree with both Thurlow J. and Strayer J. in their characterization of the purpose of the section and, specifically, I concur with their view that the section reasonably cannot have been intended to cover benefits conferred for adequate consideration in the context of a legitimate business relationship.

maintenant possible d'examiner l'objet du par. 56(2).

Le paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*

Il est utile, pour tenter de découvrir l'objet du par. 56(2), de se reporter à la jurisprudence traitant de ce paragraphe. Une décision ancienne concernant la disposition qui a précédé le par. 56(2), l'arrêt *Miller c. M.N.R.*, 62 D.T.C. 1139 (C. de l'É.) constitue un excellent point de départ. Dans cette affaire, le juge Thurlow, alors juge puîné, a fait lors de son examen du par. 16(1) de la Loi quelques observations générales, à la p. 1147, encore pertinentes aujourd'hui, sur l'objet de cette disposition, c.-à-d. empêcher l'évitement fiscal:

[TRADUCTION] À mon avis, l'art. 16(1) vise les cas où un contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui, entre ses mains, serait un revenu lorsqu'il fait en sorte que le montant soit reçu par une autre personne dont il souhaite qu'elle tire un avantage ou par une autre personne pour son propre avantage. La portée de ce paragraphe n'est pas équivoque, car on ne peut prétendre qu'un contribuable qui conclut un contrat commercial à titre onéreux avec une autre personne lui accorde un avantage au sens du paragraphe.

Le juge Strayer fait observer, à la p. 4, relativement à l'affaire *Miller*:

Deux réserves importantes sont mises en évidence ici. En premier lieu, le contribuable doit avoir cherché «à éviter de recevoir» un revenu qui lui aurait censément été payé. En second lieu, la distinction est faite entre le concept de versement d'un «avantage» et le paiement fait pour une contrepartie suffisante.

À mon avis, les points de vue des juges Thurlow et Strayer constituent un bon point de départ pour l'interprétation du par. 56(2). Ce paragraphe vise manifestement à empêcher le contribuable d'éviter le paiement de l'impôt en versant à un tiers les recettes qu'il aurait autrement touchées. Je suis d'accord avec la qualification de l'objet de cette disposition faite par les juges Thurlow et Strayer et, plus particulièrement, je conviens avec eux qu'on ne peut raisonnablement croire que le législateur a voulu que cette disposition s'applique aux avantages conférés moyennant une contrepartie suffisante dans le cadre d'une relation d'affaires légitime.

Application to the Facts

Having discerned the purpose of the section and the proper approach in interpretation, the next step in the analysis is apparent: a determination of the commercial reality and practical nature of the respondent's transactions which were the subject of reassessment by the Department of National Revenue. Urie J. in the Court of Appeal found the determination that the transaction occurred in the context of a director-shareholder relationship to be dispositive. I agree with that conclusion, and with the skepticism expressed by Le Dain J. in *Perrault v. The Queen*, [1979] 1 F.C. 155 (C.A.), at pp. 165-66, where he questioned whether the words of s. 56(2) "were intended to apply to the payment of a dividend". While it is always open to the Courts to "pierce the corporate veil" in order to prevent parties from benefitting from increasingly complex and intricate tax avoidance techniques, in my view a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2). The purpose of s. 56(2) is to ensure that payments which otherwise would have been received by the taxpayer are not diverted to a third party as an anti-avoidance technique. This purpose is not frustrated because, in the corporate law context, until a dividend is declared, the profits belong to a corporation as a juridical person: *Welling*, *supra*, at pp. 609-10. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2).

The appellant argues, and Desjardins J. accepted in dissent in the Court of Appeal, that s. 56(2) may be invoked at the point when the allocation is made of a dividend declared by the directors pursuant to the discretionary dividend clause. It is submitted that because, once declared, a dividend must be receivable by one class of shares pursuant

Application aux faits

L'objet de l'article et la méthode appropriée pour l'interpréter ayant été établis, l'étape suivante de l'analyse consiste manifestement à déterminer la véritable nature commerciale et pratique des opérations de l'intimé qui ont fait l'objet d'une nouvelle cotisation établie par le ministère du Revenu national. Le juge Urie de la Cour d'appel a conclu que la décision de considérer que l'opération s'était produite dans le cadre des rapports existant entre les administrateurs et les actionnaires tranchait la question. Je suis d'accord avec cette conclusion ainsi qu'avec le scepticisme exprimé par le juge Le Dain dans l'arrêt *Perrault c. La Reine*, [1979] 1 C.F. 155 (C.A.), à la p. 166, où il a fait valoir qu'il doutait que «le législateur ait entendu appliquer» les termes du par. 56(2) «au paiement d'un dividende». Bien qu'il soit toujours loisible aux tribunaux de «percer le voile corporatif» afin d'empêcher les parties de profiter de techniques d'évitement fiscal de plus en plus complexes, je suis d'avis que le versement d'un dividende n'est pas visé par le par. 56(2). Ce dernier a pour objet d'assurer que les paiements qui auraient autrement été reçus par le contribuable ne soient pas détournés au profit d'un tiers comme technique d'évitement fiscal. Cet objet n'est pas contrecarré parce que, dans le contexte du droit des sociétés, les profits appartiennent à la société en sa qualité de personne juridique tant qu'un dividende n'est pas déclaré: *Welling*, précité, aux pp. 609 et 610. Si aucun dividende n'avait été déclaré ni versé à un tiers, il n'aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d'un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d'un tiers au sens du par. 56(2).

L'appelant fait valoir, ce qu'accepte dans sa dissidence le juge Desjardins de la Cour d'appel, que le par. 56(2) peut être invoqué lorsqu'il y a répartition d'un dividende déclaré par les administrateurs conformément à la clause de dividende discrétionnaire. Il soutient qu'étant donné qu'une fois qu'il a été déclaré, le dividende doit être

to s. 24(4)(b) of the *S.B.C.A.*, a portion of the dividend would have been received by the respondent in his capacity as shareholder had the payments not been directed to Wilma McClurg by him in his capacity as director. However, in discussing the use of the discretionary dividend clause, I have already concluded that its validity rests, in part, on the fact that allocations made pursuant to the clause are substantively no different from allocations made pursuant to a mathematical formula in the articles of incorporation of a company. Given that determination, it would be formalistic in the extreme to reach the conclusion that but for the payment to a third party shareholder, a director-shareholder would be the recipient of a portion of the payment. Instead, my view is that an allocation pursuant to a discretionary dividend clause is no different from the payment of a dividend generally. In both cases, but for the declaration (and allocation), the dividend would remain part of the retained earnings of the company. That cannot legitimately be considered as within the parameters of the legislative intent of s. 56(2). If this Court were to find otherwise, corporate directors potentially could be found liable for the tax consequences of any declaration of dividends made to a third party. I agree with both Urie J. and Strayer J. in the courts below that this would be an unrealistic interpretation of the subsection consistent with neither its object nor its spirit. It would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would "overshoot" the legislative purpose of the section.

Although I have concluded that s. 56(2) does not apply to the declaration of dividends generally, its application also would be contrary to the commercial reality of this particular transaction. Strayer J. reviewed the evidence and reached the conclusion that the background and context of the transaction could be described as a "legitimate business relationship" (at p. 5), and he found that: . . . the plaintiff's wife had made a real contribution to the establishment of the company and business through

réparti dans une catégorie d'actions conformément à l'al. 24(4)b) de la *S.B.C.A.*, l'intimé aurait touché une fraction du dividende en sa qualité d'actionnaire si, en tant qu'administrateur, il n'avait pas fait effectuer les paiements à Wilma McClurg. Toutefois, lors de mon analyse de l'utilisation de la clause de dividende discrétionnaire, j'ai déjà conclu que la validité de cette clause découle en partie du fait qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les répartitions effectuées conformément à celle-ci et les répartitions effectuées conformément à une formule mathématique prévue dans l'acte constitutif d'une société. Compte tenu de cette décision, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de conclure que, sans le versement effectué à un tiers actionnaire, un administrateur actionnaire toucherait une fraction du versement. J'estime plutôt qu'une répartition effectuée conformément à une clause de dividende discrétionnaire ne se distingue pas du versement d'un dividende en général. Dans les deux cas, le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n'était de la déclaration du dividende (et de sa répartition). On ne peut légitimement considérer que telle était l'intention du législateur au par. 56(2). Si notre Cour devait conclure le contraire, les administrateurs des sociétés pourraient vraisemblablement être tenus responsables des incidences fiscales de toute déclaration de dividendes faite à un tiers. À l'instar des juges Urie et Strayer des tribunaux d'instance inférieure, je conviens qu'il s'agirait alors d'une interprétation irréaliste ne respectant ni l'objet, ni l'esprit de ce paragraphe. Cela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l'intention du législateur.

Même si j'ai conclu que le par. 56(2) ne s'applique pas à la déclaration des dividendes en général, son application serait également contraire à la véritable nature commerciale de cette opération particulière. Le juge Strayer a examiné la preuve et a conclu qu'on pouvait considérer que les circonstances de l'opération constituaient une «relation d'affaires légitime» (p. 5), et il a ajouté: . . . la femme du demandeur avait fourni un apport très réel à la mise sur pied de la société et de l'entreprise, au

the personal guarantee she gave and the share of the mortgage she assumed on their jointly-owned home. The evidence presented before me also satisfied me that she had taken an active part in the operation of the business to the extent of her abilities and the requirements of the situation.

I find this conclusion to be completely supported by the evidence. Wilma McClurg played a vital role in the financing of the formation of the company. Although I agree with Desjardins J., at p. 370 that, with respect to a shareholder, "dividends come as a return on his or her investment", in my view there is no question that the payments to Wilma McClurg represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes. In my opinion, Goetz T.C.J. erred when he found that the dividends were a blatant attempt at tax avoidance. Indeed, his dismissal of the relevance of Wilma McClurg's contribution to the company and his description of her and Suzanne Ellis as "puppets" pay no regard to the very real contributions, financial and operational, made by Wilma McClurg. Furthermore, the efforts expended by Wilma McClurg in the operation of Northland Trucks, while not dispositive of the issue raised in this appeal, do provide further evidence that the dividend payment was the product of a *bona fide* business relationship.

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made. In the case of the latter, of which this appeal is an example, I do not think it can be said that there was no legitimate purpose to the dividend distribution.

III. Disposition

In conclusion, I have found that: (i) the discretionary dividend clause is valid in terms of the principles of corporate law and the provisions of

moyen de la garantie personnelle qu'elle a donnée et de sa part de l'hypothèque qu'elle a assumée sur la maison qu'elle possédait conjointement avec le demandeur. En outre, la preuve soumise m'a convaincu qu'elle avait joué un rôle actif dans l'exploitation de l'entreprise, dans la mesure de ses capacités et des besoins de la situation.

J'estime que cette conclusion est entièrement justifiée par la preuve. Wilma McClurg a joué un rôle capital dans le financement et la constitution de la société. Bien que je convienne avec le juge Desjardins, à la p. 370, que les «dividendes représentent le rapport d'un investissement» d'un actionnaire, il ne fait aucun doute, à mon avis, que les versements effectués à Wilma McClurg représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt. À mon avis, le juge Goetz a eu tort de conclure que les dividendes avaient constitué un effort manifeste d'éviter le paiement de l'impôt. En fait, en décidant que l'apport de Wilma McClurg à la société n'avait aucune pertinence et en décrivant cette dernière et Suzanne Ellis comme des «jouets», il n'a pas tenu compte des apports très réels de Wilma McClurg quant au financement et à l'exploitation de l'entreprise. De plus, les efforts déployés par Wilma McClurg dans l'exploitation de Northland Trucks, même s'ils ne sont pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi, constituent néanmoins une preuve supplémentaire que le versement de dividendes était le résultat d'une relation d'affaires normale.

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni. Dans ce dernier cas, dont le présent pourvoi constitue un exemple, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que le partage des dividendes ne visait pas un objectif légitime.

III. Dispositif

Je conclus donc: (i) que la clause de dividende discrétionnaire est valide au regard des principes du droit des sociétés et des dispositions de la

the Saskatchewan *Business Corporations Act*; (ii) the declaration of a dividend is normally beyond the scope of s. 56(2) of the *Income Tax Act*; and, (iii) the facts at bar provide no evidence that the business arrangement was an attempt at tax avoidance, but rather that it was the product of a business contract made for adequate consideration. As a result, I would dismiss the appeal. Pursuant to the order of this Court granting leave to appeal in this case, costs of the appeal will be payable by the appellant on a solicitor-client basis.

The reasons of Wilson, La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—This appeal is concerned with whether money received by Wilma McClurg, wife of the respondent Jim A. McClurg, by virtue of a “discretionary dividend” clause, may properly be attributed to the respondent pursuant to s. 56(2) of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63. The facts and the judgments of the courts below have been set out at length in Chief Justice Dickson’s reasons, and I do not propose to repeat them. Rather, I will proceed directly to the legal analysis. Following the basic framework of the opinion of the Chief Justice, the discussion is divided into issues of corporate and tax law.

Corporate Law Issues

Simply put, the corporate law question raised by this appeal is whether the clause in Northland Trucks (1978) Ltd.’s Articles of Incorporation purporting to give each class of shares the “right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation” is a valid allocation of power to the directors of the corporation under the Saskatchewan *Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10. The clause is referred to as a “discretionary dividend” clause because the mode of distribution of dividends is not determined by the Articles of Incorporation themselves, but is left to the “discretion” of the directors of the company.

Business Corporations Act de la Saskatchewan, (ii) que la déclaration d’un dividende n’est normalement pas visée par le par. 56(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et (iii) que les faits de l’espèce ne fournissent aucun élément de preuve que l’entente commerciale constituait une tentative d’éviter le paiement de l’impôt, mais qu’il s’agissait plutôt du résultat d’un contrat d’affaires conclu moyennant une contrepartie suffisante. Par conséquent, je suis d’avis de rejeter le pourvoi. Conformément à l’ordonnance de notre Cour autorisant le présent pourvoi, les dépens devront être payés par l’appelant comme entre procureur et client.

Version française des motifs des juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissent)—Le présent pourvoi vise à déterminer si l’argent reçu par Wilma McClurg, l’épouse de l’intimé Jim A. McClurg, en vertu d’une clause de «dividende discrétionnaire» peut à bon droit être attribué à l’intimé en vertu du par. 56(2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63. Les faits et les décisions des tribunaux d’instance inférieure ont été exposés en détail dans les motifs du juge en chef Dickson et je n’entends pas les répéter. Je vais plutôt procéder directement à une analyse juridique. Suivant le cadre dans lequel le Juge en chef a prononcé ses motifs, cette analyse porte à la fois sur des questions relatives au droit des sociétés et au droit fiscal.

Questions relatives au droit des sociétés

En bref, la question relative au droit des sociétés soulevée en l’espèce est de savoir si la clause de l’acte ou des statuts constitutifs de Northland Trucks (1978) Ltd. qui vise à donner à chacune des catégories d’actions le «droit distinctif de recevoir des dividendes à l’exclusion des autres catégories d’actions dans ladite société» confère un pouvoir légitime aux administrateurs de la société en vertu de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. B-10. Cette clause est appelée clause de «dividende discrétionnaire» parce que le mode de distribution des dividendes n’est pas déterminé par les statuts constitutifs eux-mêmes et qu’il est laissé à la «discrétion» des administrateurs de la compagnie.

In a certain sense, the term “discretionary dividend” is a misnomer, since it is a well-accepted principle of common law that the directors of a corporation have the discretion to determine if and when a dividend should be declared, and in what amount. This discretion is, of course, subject to certain reasonable limitations. For example, s. 40(a) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provides that a dividend may not be declared if there are reasonable grounds to believe such a declaration would render the corporation unable to pay its debts. As well, there is the overriding principle that the discretion must always be exercised in a manner which is in the best interests of the corporation; see Welling, *Corporate Law in Canada* (1984), at p. 614.

Although the term “discretionary dividend” may be somewhat misleading, it is nonetheless not difficult to understand how the label itself was first chosen. Clauses such as the one contained in the Articles of Incorporation of Northland Trucks give directors a power of discretion that they never previously had: the power to discriminate between different classes of shares when determining how a dividend should be distributed. Is this allocation of power to the directors valid under the Saskatchewan *Business Corporations Act*? To answer this question, it is necessary to examine both the principles at common law and the statute itself.

The Common Law

Since the famous decision of the House of Lords in *Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22, it has been a settled proposition of law that a corporation has a separate legal existence, independent from that of its shareholders. Even before *Salomon*, it had been said that it was this proposition that lay at the “root” of corporate law: *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395, at pp. 409-10.

The independent legal existence of the corporation means that, while the shareholder remains a proportionate owner of the corporation, he does not actually own its assets. These assets belong to

Dans un certain sens, le terme «dividende discrétionnaire» est mal choisi, puisque c'est un principe reconnu en common law que les administrateurs d'une société ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer si et quand un dividende doit être déclaré et pour quel montant. Ce pouvoir discrétionnaire est bien sûr assujéti à certaines limites raisonnables. Par exemple, l'al. 40a) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan prévoit qu'un dividende ne peut être déclaré s'il y a des motifs raisonnables de croire que cela empêcherait la société de rembourser ses dettes. De même, il existe un principe dominant selon lequel le pouvoir discrétionnaire doit toujours être exercé dans l'intérêt de la société; voir l'article de Welling intitulé *Corporate Law in Canada* (1984), à la p. 614.

Même si le terme «dividende discrétionnaire» peut dans une certaine mesure être trompeur, il est néanmoins facile de comprendre comment l'étiquette elle-même a d'abord été choisie. Les clauses comme celles qui figurent dans les statuts constitutifs de Northland Trucks confèrent aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire qu'ils n'ont jamais eu auparavant: le pouvoir d'effectuer une disparité de traitement entre différentes catégories d'actions lorsqu'ils déterminent comment un dividende devrait être distribué. Cette attribution de pouvoir aux administrateurs est-elle valide en vertu de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan? Pour répondre à cette question, il faut examiner tant les principes de la common law que la loi elle-même.

La common law

Le fameux arrêt de la Chambre des lords dans *Salomon v. Salomon and Co.*, [1897] A.C. 22 a reconnu le principe de droit selon lequel une société constitue une entité juridique distincte de celle de ses actionnaires. Même avant cet arrêt, il a été établi que ce principe constituait le fondement du droit des sociétés: *Farrar v. Farrars, Limited* (1888), 40 Ch. D. 395, aux pp. 409 et 410.

L'entité juridique distincte de la société signifie que même si l'actionnaire demeure propriétaire de ladite société en proportion des actions qu'il détient, les actifs de cette dernière ne lui appar-

the corporation itself, as a separate legal entity; Schmitthoff, *Palmer's Company Law* (23rd ed. 1982), vol. 1, at p. 384, para. 33-01. Management of the corporation is entrusted to its officers and directors with the shareholder's interest protected through the distribution of shareholder votes. Thus, the corporate entity is unique in that it allows the shareholder to alienate ownership of property by placing it in a structure where the ownership of the property is separated from the effective control over that property; see Welling, *supra*, at p. 81. The sole link between the shareholder and the company is the share, which provides both a measure of the shareholder's interest in the company, as well as of the extent of the shareholder's liability for the actions of that company: see *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279, at p. 288.

This separation of ownership and control provides the basis for many of the fundamental principles of corporate law. One example is the principle that the directors and officers of a corporation owe a fiduciary duty to the corporation: see *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592. In recognizing for the first time that the fiduciary duty owed by directors to the corporation should be extended to senior officers of the corporation as well, this Court focused upon the degree of control that the officers were in a position to exercise in that case. Laskin J., as he then was, speaking for the Court, there stated, at p. 610:

Strict application against directors and senior management officials is simply recognition of the degree of control which their positions give them in corporate operations, a control which rises above day-to-day accountability to owning shareholders and which comes under some scrutiny only at annual general or at special meetings. It is a necessary supplement, in the public interest, of statutory regulation and accountability which themselves are, at one and the same time, an acknowledgment of the importance of the corporation in the life of the community and of the need to compel obedience by it and by its promoters, directors and managers to norms of exemplary behaviour.

tiennent pas. Ces actifs appartiennent à la société elle-même à titre d'entité légale distincte; Schmitthoff, *Palmer's Company Law* (23^e éd. 1982), vol. 1, à la p. 384, par. 33-01. La gestion de la société est confiée à ses cadres et administrateurs tandis que les intérêts de l'actionnaire sont protégés par son droit de vote. Ainsi, l'entité constituée qu'est la société unique dans la mesure où elle permet à l'actionnaire d'aliéner la propriété des biens d'une façon telle que la propriété en question est distincte du contrôle effectif exercé sur ces biens: voir Welling, précité, à la p. 81. Le seul lien qui existe entre l'actionnaire et la compagnie est l'action, qui mesure à la fois l'intérêt de l'actionnaire dans la compagnie et l'étendue de la responsabilité de l'actionnaire à l'égard des actes de cette compagnie: voir *Borland's Trustee v. Steel Brothers & Co.*, [1901] 1 Ch. 279 à la p. 288.

Cette séparation de la propriété et du contrôle sert de base à plusieurs des principes fondamentaux du droit des sociétés. Mentionnons à titre d'exemple le principe selon lequel les administrateurs et les cadres d'une société ont une obligation de fiduciaire envers celle-ci: voir l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592. En reconnaissant pour la première fois que l'obligation de fiduciaire des administrateurs envers la société devrait s'étendre à ses cadres supérieurs, notre Cour a mis l'accent sur le degré de contrôle que les cadres étaient en mesure d'exercer dans cette affaire. Voici ce qu'a affirmé le juge Laskin (plus tard Juge en chef), au nom de la Cour, à la p. 610:

En appliquant strictement ce principe aux administrateurs et aux fonctionnaires supérieurs, on ne fait que reconnaître le degré d'autorité que leur confère leur poste sur les activités de la compagnie, autorité qui transcende l'obligation courante de rendre compte aux propriétaires actionnaires et qui n'est contrôlée de quelque façon qu'aux assemblées annuelles générales ou aux assemblées spéciales. Il constitue un complément nécessaire, dans l'intérêt public, des réglementations et obligations de rendre compte légales qui elles-mêmes sont à la fois une reconnaissance de l'importance de la compagnie au sein de la collectivité et du besoin de l'assujettir, ainsi que ses promoteurs, administrateurs et directeurs, aux normes régissant le comportement exemplaire.

Another principle that I believe also stems logically from the separation of ownership and control inherent in the corporation is the principle of equality of shares. Since the shareholders are only proportionate owners of the company, if their interest is to be adequately and fairly protected, those in the position of control must treat all the shareholders, or more accurately, all the shares, equally. Thus see Schmitthoff, *supra*, at p. 387, para. 33-06:

Prima facie the rights carried by the shares rank *pari passu*, i.e. the shareholders participate in the benefits of membership equally. It is only when a company divides its share capital into different classes with different rights attached to them that the prima facie presumption of equality of shares may be displaced.

In my opinion, the principle of equality of shares, like the principle of fiduciary duty, developed as more than just a mere contractual right—it was a measure of protection for the shareholder that arose as a practical consequence of the unique nature of the corporate structure itself. This is so even though the parties could contract out of it to the extent that shares could be created that did not themselves have equal rights. In such a situation, the shareholder was still protected by virtue of the common law rule that shareholder rights had to be attached to the share itself, and not to the individual shareholder. Thus, while the shares had differentiated rights depending upon the particular class to which they belonged, the shareholder himself could not be discriminated against. For example, even when different classes of shares were created, the shares within the various classes themselves still had to be treated on an equal basis. It is thus put by Wegenast, *The Law of Canadian Companies* (1979), at pp. 320-21:

Apart from provisions, duly adopted, for preferences as between different classes of shares, and, where there are such preferences, then as amongst the members in each respective class, shareholders are entitled to be treated on a basis of equality. Shareholders may differ as to the wisdom of a particular course of action, but once adopted it must be carried out without discrimina-

Un autre principe qui, selon moi, découle aussi logiquement de la séparation de la propriété et du contrôle inhérente à la société est celui de l'égalité des actions. Puisque les actionnaires ne sont propriétaires de la compagnie qu'en proportion des actions qu'ils détiennent, si l'on veut que leur intérêt soit protégé adéquatement et équitablement, ceux qui sont en position de contrôle doivent traiter tous les actionnaires, ou plus précisément toutes les actions, sur un pied d'égalité. Voir à ce sujet Schmitthoff, précité, à la p. 387, par. 33-06:

[TRADUCTION] À première vue, les droits que comportent les actions sont de même rang, c.-à-d. que les actionnaires participent également aux bénéfices découlant dans leur appartenance à la compagnie. Ce n'est que lorsque la compagnie divise son capital-actions en différentes catégories assorties de droits différents qu'il peut y avoir déplacement de la présomption *prima facie* d'égalité des actions.

À mon avis, le principe de l'égalité des actions, comme celui de l'obligation fiduciaire, constitue plus qu'un simple droit contractuel—il représente pour l'actionnaire une mesure de protection qui est une conséquence pratique de la nature unique de la structure elle-même de la société. Il en est ainsi même si les parties peuvent s'y soustraire dans la mesure où l'on peut créer des actions ne comportant pas des droits égaux. Dans une telle situation, l'actionnaire est quand même protégé en raison de la règle de common law selon laquelle les droits de l'actionnaire doivent se rattacher à l'action elle-même et non à l'individu. Ainsi, bien que les actions aient des droits différents selon la catégorie particulière à laquelle elles appartiennent, l'actionnaire lui-même ne peut faire l'objet de discrimination. Par exemple, même lorsque différentes catégories d'actions sont créées, les actions faisant partie des diverses catégories elles-mêmes doivent quand même être traitées sur un pied d'égalité. Voici ce que dit à ce sujet Wegenast, dans son ouvrage intitulé *The Law of Canadian Companies* (1979), aux pp. 320 et 321:

[TRADUCTION] Outre les dispositions, dûment adoptées, prévoyant un ordre préférentiel entre les différentes catégories d'actions et lorsqu'il existe un tel ordre préférentiel parmi les membres de chaque catégorie respective, les actionnaires ont droit d'être traités également. Les actionnaires peuvent avoir des opinions différentes quant à l'opportunité d'une certaine ligne de conduite,

tion amongst the shareholders or, as it is said in some of the cases, "for the benefit of the company as a whole." [Emphasis added.]

More significantly, even when more than one class of shares was created, the directors were not free to discriminate arbitrarily between the classes when awarding a dividend. As Fraser states in *Company Law of Canada* (5th ed. 1962), at p. 532, quoting Lord Cranworth L.C. in *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, at p. 638, 44 E.R. 858, at p. 871:

Where there is more than one class of shareholders "it will be the duty of the directors to fix the amount of the fund retained with reference to the general interest of all classes of shareholders, and not to favour any one class at the expense of the other".

The few Canadian cases that appear to have considered the issue have all held that, even when the shareholders agree to do so, a company may not validly be structured so as to derogate from the common law principle that shareholder rights must attach to the shares themselves. When I speak of shareholder rights, I include at least those three categories of rights that are considered to be fundamental: the right to a dividend, the right to vote, and the right to participate in the distribution of assets upon dissolution of the corporation.

In *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427 (Alta. Q.B.), the defendant company passed a by-law to the effect that no one person was entitled to vote more than 1000 shares, notwithstanding the number of shares actually held by that person. The company had originally been incorporated under the *Companies Act*, R.S.C. 1952, c. 53. The court found the by-law invalid since the *Companies Act* recognized the common law presumption of equality "that all shares confer equal rights and impose equal liabilities and that if voting rights are to vary separate classes of shares must be created so that the different numbers of votes can be attached to the shares themselves and not to the holder" (at p.

mais lorsqu'elle est adoptée, elle doit être appliquée sans distinction entre les actionnaires ou, comme on l'a dit dans certains cas, «à l'avantage de l'ensemble de la société.» [Je souligne.]

^a Qui plus est, les administrateurs ne sont pas libres de distinguer arbitrairement entre les catégories au moment d'accorder un dividende, même lorsqu'il y a plus d'une catégorie d'actions. Comme le dit Fraser dans *Company Law of Canada* (5^e éd. 1962), à la p. 532, citant lord Cranworth dans l'arrêt *Henry v. Great Northern Ry. Co.* (1857), 1 De G. & J. 606, à la p. 638, 44 E.R. 858, à la p. 871:

^c [TRADUCTION] Lorsqu'il existe plus d'une catégorie d'actionnaires, «il incombera aux administrateurs de fixer le montant des fonds retenus en tenant compte de l'intérêt général de toutes les catégories d'actionnaires, et de ne pas favoriser l'une ou l'autre catégorie au détriment des autres».

Les quelques arrêts canadiens qui semblent avoir examiné la question ont tous décidé que, même lorsque les actionnaires y consentent, une compagnie ne peut être validement structurée de façon à déroger au principe de la common law selon lequel les droits de l'actionnaire doivent s'attacher aux actions elles-mêmes. Lorsque je parle des droits de l'actionnaire, il s'agit tout au moins de ces trois catégories de droits que je considère fondamentales: le droit de recevoir un dividende, le droit de voter et le droit de participer au partage des actifs au moment de la dissolution de la société.

Dans l'affaire *Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 113 D.L.R. (3d) 427 (B.R. Alb.), la compagnie défenderesse avait adopté un règlement portant que toute personne était limitée, en exerçant son droit de vote, à 1 000 actions, quel que soit le nombre d'actions détenues par cette personne. La compagnie avait initialement été constituée en vertu de la *Loi sur les compagnies*, S.R.C. 1952, ch. 53. La cour a jugé le règlement invalide puisque la *Loi sur les compagnies* reconnaissait la présomption d'égalité prévue par la common law selon laquelle [TRADUCTION] «toutes les actions confèrent des droits égaux et imposent les mêmes obligations, et s'il doit y avoir différents droits de vote, il faut créer des catégories distinctes

433) (emphasis added). The court also held that the by-law was invalid under the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75, c. 33, which superseded the *Companies Act*, the Act upon which the Saskatchewan *Business Corporations Act* is based.

In *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752, the Ontario Court of Appeal held invalid a "step-down" provision contained in the respondent R.L. Crain Inc.'s Articles of Incorporation. The provision provided for a special class of common shares that carried ten votes per share while in the possession of the original shareholder, but that would carry only one vote per share if transferred to another. The Court of Appeal followed the reasoning of McRae J. in the court below, who, at p. 754, held that:

... although there was no express prohibition in the *CBCA* against a step-down provision, s. 24(4) of the Act should be interpreted in accordance with the general principles of corporation law with the result that the rights which are attached to a class of shares must be provided equally to all shares of that class, this interpretation being founded on the principle that rights, including votes, attach to the share and not to the shareholder. [Emphasis added.]

Both *Jacobsen* and *Bowater* recognize that the principle that shareholder rights must attach to the corporation's shares is more than a mere contractual right: even the shareholders themselves may not agree to circumvent this principle.

Another case holding that rights attach to the share rather than the shareholder, albeit in a different context, is *Rondeau v. Poirier*, [1980] C.A. 35. In that case, the respondent claimed he was entitled to receive a portion of the cumulative dividends paid on shares that were given by him to his former wife as part of their divorce settlement. The respondent argued that he should receive the dividends that were paid retroactively for the years during which he possessed the shares. This argu-

d'actions de façon que les nombres différents de votes puissent se rattacher aux actions elles-mêmes et non à leur détenteur» (p. 433) (je souligne). La cour a également statué que le règlement était invalide en vertu de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75, ch. 33, qui a remplacé la *Loi sur les compagnies*, loi sur laquelle est fondée la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan.

Dans l'arrêt *Bowater Canadian Ltd. v. R.L. Crain Inc.* (1987), 62 O.R. (2d) 752, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé invalide une disposition «réduisant le nombre de votes» qui figurait dans les statuts constitutifs de l'intimée R.L. Crain Inc. La disposition prévoyait une catégorie spéciale d'actions ordinaires attribuant dix votes par action à l'actionnaire original mais seulement un vote par action à tout détenteur subséquent. La Cour d'appel a suivi le raisonnement du juge McRae du tribunal de première instance qui a déclaré à la p. 754:

[TRADUCTION] ... bien qu'il n'y ait pas de disposition expresse dans la LCCC interdisant une clause réduisant le nombre de votes, le par. 24(4) de la Loi devrait être interprété conformément aux principes généraux du droit des sociétés de sorte que les droits qui sont rattachés à une catégorie d'actions doivent être accordés également à toutes les actions de cette catégorie, cette interprétation étant fondée sur le principe que les droits, y compris les votes, se rattachent à l'action et non à l'actionnaire. [Je souligne.]

Les deux arrêts *Jacobsen* et *Bowater* reconnaissent que le principe selon lequel les droits de l'actionnaire doivent se rattacher aux actions de la société est plus qu'un simple droit contractuel: les actionnaires eux-mêmes ne peuvent s'entendre pour y faire échec.

L'arrêt *Rondeau c. Poirier*, [1980] C.A. 35 a également statué, dans un contexte différent, que les droits se rattachent à l'action plutôt qu'à l'actionnaire. Dans cette affaire, l'intimé a prétendu qu'il avait le droit de recevoir une partie des dividendes cumulatifs versés sur les actions qu'il avait données à son ex-épouse dans le cadre de leur règlement de divorce. Il a fait valoir qu'il avait droit aux dividendes versés rétroactivement pour les années au cours desquelles il détenait les

ment was rejected by the Court of Appeal, which held that the right to receive dividends is a contingent right that does not actually arise until the dividends have been declared by the corporation. Although the respondent had been the shareholder during the years when most of these dividends were accumulated, any right to these dividends passed with the shares when they were transferred (at p. 39).

Writing for the majority of the Court of Appeal in *Rondeau*, Lamer J., as he then was, noted at p. 37 that the shareholder's right to a dividend encompasses the right to a particular mode of distribution once a dividend has been declared:

[TRANSLATION] [The shareholder] is entitled not to the profits, since the directors are not obliged to distribute them, but to a portion and to certain modes of distribution of profits if and when the directors decide on a distribution, in other words, declare a dividend. [Emphasis added.]

In my view, a discretionary dividend clause such as the one in this case, that permits the directors of a corporation to choose which class is entitled to receive dividends to the exclusion of the other classes, would be invalid at common law. It contravenes the principle that the directors are not permitted to favour one class at the expense of the others: see Fraser, *supra*, at p. 532. Further, and the respondent does not dispute this point, if dividends are allocated to the different classes on a discretionary basis, then the directors will be making this allocation primarily on the basis of the identity of the shareholders in the various classes. While the respondent contends that this does not represent a significant departure from the existing state of the law, I disagree, for it means, in effect, that the right to the dividend attaches not to the shares, but to the shareholder: see Boivin, "Le droit aux dividendes et le dividende 'discretionnaire'" (1987), 47 *R. du B.* 73, at p. 92.

Again, in my view, the rule that shareholder rights must attach to the shares themselves is a principle which has its roots in the very nature of the corporate structure. When the Articles of

actions. Cet argument a été rejeté par la Cour d'appel qui a statué que le droit de toucher les dividendes est un droit éventuel qui ne peut être exercé que lorsque la société a déclaré les dividendes. Bien que l'intimé ait été l'actionnaire pendant les années où la grande partie de ces dividendes ont été accumulés, le droit à ces dividendes s'appliquait aux actions lorsque celles-ci ont été transférées (p. 39).

Au nom de la majorité de la Cour d'appel dans l'arrêt *Rondeau*, le juge Lamer (aujourd'hui Juge en chef) a fait remarquer, à la p. 37, que le droit de l'actionnaire à un dividende comprend le droit à un mode particulier de distribution une fois le dividende déclaré:

[L'actionnaire] a le droit non pas aux profits, puisque les administrateurs ne sont pas obligés de les distribuer, mais à une quotité et à certaines modalités de distribution des profits si et lorsque les administrateurs décident d'une distribution, c'est-à-dire déclarent un dividende. [Je souligne.]

À mon avis, une clause de dividende discrétionnaire comme celle qui existe en l'espèce, qui permet aux administrateurs d'une société de choisir la catégorie qui a le droit de toucher des dividendes à l'exclusion des autres catégories, serait nulle sous le régime de la common law. Elle va à l'encontre du principe selon lequel les administrateurs ne peuvent favoriser une catégorie au détriment des autres: voir Fraser, précité, à la p. 532. En outre, et l'intimé ne conteste pas ce point, si les dividendes sont distribués aux différentes catégories sur une base discrétionnaire, les administrateurs feront alors cette distribution en se fondant essentiellement sur l'identité des actionnaires dans les différentes catégories. L'intimé soutient qu'il ne s'agit pas là d'une dérogation importante au droit actuel, mais je ne suis pas d'accord, car cela signifie en fait que le droit aux dividendes se rattache non pas aux actions mais à l'actionnaire: voir Boivin, «Le droit aux dividendes et le dividende «discretionnaire»» (1987), 47 *R. du B.* 73, à la p. 92.

Je répète que la règle selon laquelle les droits de l'actionnaire doivent s'attacher aux actions elles-mêmes est un principe qui prend racine dans la nature même de la structure de la société. Lorsque

Incorporation create classes of shares that have different rights, this normally does not require the directors to discriminate between the shareholders—the mode of distribution is set out in the shares themselves. To allow discrimination on the basis of the identity of those possessing the shares ignores the separation that is supposed to exist between the corporation and its shareholders: see Martel and Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques* (1987), vol. I, at p. 18-14B.

The respondent, however, contends that, even in a situation where no discretionary dividend clause exists, in a corporation with at least one class of preferred share, the directors of a corporation effectively have the power to choose which classes will receive dividends. They can do so by declaring dividends in an amount small enough that only the preferred shares will partake. This, however, is a discretion that is expressly limited by the terms of the Articles of Incorporation. The need for protection is not as great, for the common shareholder is not placed in a position where the director can award dividends of any amount to a class other than his or her own. That shareholder knows that if dividends are declared in excess of a specified amount, then his or her class of shares will participate. If dividends are never declared in excess of that amount, then at least the money is retained by the corporation. Where there is a discretionary dividend clause, however, the shareholder is completely dependent on the goodwill of the directors. The minority shareholder is placed in a near impossible position if this goodwill turns against him or her; see Martel and Martel, *supra*, at p. 18-14A. It is interesting to note that at least one commentator who writes in favour of the discretionary dividend clause suggests that each shareholder's "informed" consent to this sort of arrangement be obtained in advance in writing, presumably to guard against just such an eventuality: see Quessy, "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 *R.P.F.S.* 31, at pp. 42-43.

les statuts constitutifs créent des catégories d'actions qui comportent des droits différents, cela n'oblige normalement pas les administrateurs à établir une distinction entre les actionnaires—le mode de distribution est prévu dans les actions elles-mêmes. Permettre une distinction fondée sur l'identité des personnes qui possèdent les actions, c'est ne pas tenir compte de la séparation qui est censée exister entre la société et ses actionnaires: voir l'ouvrage de Martel et Martel, *La compagnie au Québec, Les aspects juridiques* (1987), vol. I, à la p. 18-14B.

L'intimé prétend cependant que même en l'absence de toute clause de dividende discrétionnaire, les administrateurs d'une société qui comporte au moins une catégorie d'actions privilégiées, ont effectivement le pouvoir de déterminer quelles catégories recevront des dividendes. Ils peuvent le faire en déclarant des dividendes dont le montant est suffisamment petit pour que seules les actions privilégiées y aient droit. C'est là, toutefois, un pouvoir discrétionnaire qui est expressément limité par les dispositions des statuts constitutifs. Le besoin de protection n'est pas aussi grand, car l'actionnaire ordinaire n'est pas placé dans une position où un administrateur peut accorder quelques dividendes que ce soit à une catégorie autre que la sienne. Cet actionnaire sait que si les dividendes déclarés excèdent un montant spécifique, sa catégorie d'actions participera alors au partage des dividendes. Si les dividendes déclarés ne dépassent jamais ce montant, la société retient alors tout au moins l'argent. Mais lorsqu'il y a une clause de dividende discrétionnaire, l'actionnaire dépend entièrement du bon vouloir des administrateurs. L'actionnaire minoritaire est placé dans une situation presque impossible si ce bon vouloir joue contre lui; voir Martel et Martel, précité, à la p. 18-14A. Il est intéressant de souligner qu'au moins un commentateur favorable à la clause de dividende discrétionnaire laisse entendre qu'il faudrait obtenir à l'avance le consentement «éclairé» par écrit de chaque actionnaire à cette sorte d'arrangement, vraisemblablement par précaution contre une telle éventualité: voir l'ouvrage de Quessy, «Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire», [1985] 7 *R.P.F.S.* 31, aux pp. 42 et 43.

In my opinion, a second reason why the discretionary dividend clause is invalid at common law is because it places the director in a position where he cannot fulfill his fiduciary obligations to the corporation as a whole. The interests of different classes of shareholders, where a discretionary declaration of dividends is concerned, are necessarily divergent, since a dividend will be declared for the benefit of one class of shareholders at the expense of the others. As put by Martel and Martel, *supra*, at pp. 18-14 and 18-14A:

[TRANSLATION] It would be impossible for him to justify this preference, since it is surely not made in good faith in the interests of the company. In using their discretion to favour certain shareholders, the directors are in an obvious conflict of interest, particularly if they are themselves those shareholders or associated with them . . . The situation created by discretionary dividend clauses is unprecedented, and places the directors in an impossible position: if they favour certain shareholders by departing from the rule of equality, they are breaching their obligations as agents or quasi-fiduciaries of the company, and in fact are acting as agents of the shareholders they are favouring, or at least of those who control the company.

The conflict of interest is heightened when the director happens to be a shareholder himself. When the discretionary dividend clause is utilized to award dividends to a class in which the director holds shares, or from which he derives some personal benefit, the situation can be compared to the usurpation of a corporate opportunity properly belonging to the company. As Laskin J. observed in the *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, *supra*, at pp. 606-607, the fiduciary duty, at the very least, precludes the director

. . . from obtaining for himself, either secretly or without the approval of the company (which would have to be properly manifested upon full disclosure of the facts), any property or business advantage either belonging to the company or for which it has been negotiating; and especially is this so where the director or officer is a participant in the negotiations on behalf of the company.

A discretionary dividend clause gives the director a licence to secure, by virtue of his position, a

À mon avis, une deuxième raison pour laquelle la clause de dividende discrétionnaire est invalide en common law est qu'elle place l'administrateur dans une position où il ne peut remplir ses obligations de fiduciaire envers la société dans son ensemble. Les intérêts des différentes catégories d'actionnaires, lorsqu'il y a une déclaration de dividendes discrétionnaire, sont nécessairement divergents, puisqu'un dividende sera déclaré au bénéfice d'une catégorie d'actionnaires et aux dépens des autres. Comme il est dit dans Martel et Martel, précité, aux pp. 18-14 et 18-14A:

Il lui serait impossible de justifier cette préférence, car elle n'est sûrement pas faite de bonne foi dans l'intérêt de la compagnie. En utilisant la discrétion qui leur est conférée pour avantager certains actionnaires, les administrateurs sont en conflit d'intérêt manifeste, particulièrement s'ils sont eux-mêmes ces actionnaires ou liés à eux [. . .] La situation créée par les clauses de dividende discrétionnaire est sans précédent, et place les administrateurs dans une position impossible: s'ils avantagent certains actionnaires en dérogeant à la règle de l'égalité, ils contreviennent à leurs obligations de mandataires ou quasi-fiduciaires de la compagnie, et agissent en réalité comme mandataires des actionnaires qu'ils favorisent, ou du moins de ceux qui contrôlent la compagnie.

Le conflit d'intérêts est encore plus évident lorsqu'un administrateur est lui-même un actionnaire. Lorsqu'il y a recours à la clause du dividende discrétionnaire pour allouer des dividendes à une catégorie dans laquelle un administrateur détient des actions, ou d'où il tire un avantage personnel, la situation peut se comparer à l'usurpation d'un privilège de la société qui appartient régulièrement à cette dernière. Comme l'a fait remarquer le juge Laskin dans l'arrêt *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, précité, aux pp. 606 et 607, l'obligation de fiduciaire empêche pour le moins un administrateur

. . . [de] s'approprier, en secret ou sans l'approbation de la compagnie (approbation qui doit être régulièrement accordée à la lumière de tous les faits) un bien ou avantage commercial qui appartient à celle-ci ou qu'elle a négocié; surtout si l'administrateur ou le fonctionnaire participe aux négociations au nom de la compagnie.

Une clause de dividende discrétionnaire permet à l'administrateur d'obtenir, grâce à sa position, un

personal benefit at the expense of the corporation and its shareholders without having to seek shareholder approval. By contrast, requiring the mode of distribution to be expressly set out in the Articles of Incorporation, which can only be amended by approval of the shareholders, is consistent with the fiduciary obligation as described in the *Canadian Aero* case. I note that, in the usual case, if the directors themselves hold preferred shares, this does not present a problem, for the common shareholders will have agreed to subordinate their dividend interest to the preferred class of shares based upon "full disclosure" of the maximum amount to which these preferred shares will enjoy priority. With a discretionary dividend clause, there is no such disclosure, since the amount and priority is left to be determined in the future, wholly at the directors' discretion.

The Chief Justice states that the fact that the directors take into account the identity of shareholders when declaring a dividend does not necessarily create a conflict of duty. As an example, he suggests that the directors could validly exercise their discretion to allocate dividends so as to reward a group of employees who comprise a class of preferred shareholders. With respect, it seems to me that even this would constitute an improper exercise of the discretionary dividend power. If the employees truly merit some additional reward, the proper course would be to achieve this through some other form of compensation, for example a bonus. A dividend is supposed to be a return on an investment. On this point, I adopt the words of Desjardins J. of the Federal Court of Appeal ([1988] 2 F.C. 356), at p. 370:

But surely, there is no relationship, in company law, between the work and services a shareholder brings to a company and his or her entitlement to a dividend if declared. The dividends come as a return on his or her investment and not on account of work and services he or she may render to the company. The dividend attaches to the share and not to the shareholder.

avantage personnel au détriment de la société et de ses actionnaires sans avoir à demander l'approbation de ces derniers. Par contraste, exiger que le mode de distribution soit expressément énoncé dans les statuts constitutifs, lesquels ne peuvent être modifiés qu'avec l'approbation des actionnaires, est conforme à l'obligation de fiduciaire décrite dans l'arrêt *Canadian Aero*. Je souligne que si les administrateurs eux-mêmes détiennent des actions privilégiées, cela ne pose pas habituellement de problème, car les actionnaires ordinaires se seront entendus pour subordonner leur droit aux dividendes à la catégorie d'actions privilégiées en se fondant sur la «divulcation intégrale» du montant maximum jusqu'à concurrence duquel ces actions privilégiées auront priorité. Lorsqu'il y a une clause de dividende discrétionnaire, cette divulgation n'existe pas puisque le montant et la priorité en question seront déterminés subséquemment, à l'entière discrétion des administrateurs.

Le Juge en chef affirme que le fait que les administrateurs prennent en considération l'identité des actionnaires lorsqu'ils déclarent un dividende ne crée pas nécessairement un conflit d'intérêts. À titre d'exemple, il laisse entendre que des administrateurs pourraient valablement exercer leur pouvoir discrétionnaire d'accorder des dividendes en vue de récompenser un groupe d'employés qui comprend une catégorie d'actionnaires privilégiés. Sauf le respect que je lui dois, il me semble que même cela constituerait un exercice abusif du pouvoir d'accorder un dividende discrétionnaire. Si les employés méritent vraiment une récompense additionnelle, la bonne façon de procéder serait de leur accorder une autre forme de compensation comme, par exemple, une prime. Un dividende est censé représenter le rapport d'un investissement. Sur ce point, je souscris aux propos du juge Desjardins de la Cour d'appel fédérale ([1988] 2 C.F. 356), à la p. 370:

Mais assurément, il n'existe aucun rapport, en droit des compagnies, entre le travail et les services effectués par un actionnaire pour la société et son droit à un dividende, s'il est déclaré. Les dividendes représentent le rapport d'un investissement et non la contrepartie du travail ou des services qu'un actionnaire peut fournir à la société. Les dividendes se rattachent à l'action et non à l'actionnaire.

In any event, even if I did not find that the discretionary dividend clause was itself invalid under the common law, I would find that the clause, at least as designed in the present case, is insufficient to rebut the common law presumption of equality. As earlier noted, it is well accepted that in the absence of some differentiation between the shares, all shares must be treated equally: see *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525 (H.L.). The respondent contends that the fact that the classes of shares have the potential to receive dividends in potentially different amounts is sufficient to differentiate them. The fact remains, however, that all three classes of Northland Trucks' shares are defined in substantially the same manner with respect to their entitlement to dividends. Each class carries "the distinction and right to receive dividends exclusive of other classes of shares in the said corporation". As Professor Boivin, *supra*, notes, at p. 94:

[TRANSLATION] ... if all the shares have a discretionary dividend clause, they are all on an equal footing as regards dividends, even if there are certain distinctive characteristics with respect to other rights or privileges. Far from breaching the principle of equality, the clause thus used confirms it.

Any difference between the shares concerning their right to receive dividends that does exist clearly does not derive from any differentiation between the shares, but would have to stem from the actions of the directors of the corporation. This would, however, be a right that does not derive from the share itself, and as such would be invalid at common law.

Having found that the discretionary dividend clause contained in the Articles of Incorporation of Northland Trucks was an invalid allocation of power at common law, it remains to examine the Saskatchewan *Business Corporations Act* to see if the statute changes this result.

The Saskatchewan Business Corporations Act

Section 24(4)(a) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provides that the corporation

Quoi qu'il en soit, même si je n'arrivais pas à la conclusion que la clause de dividende discrétionnaire est en soi invalide sous le régime de la common law, je statuerais que cette clause, telle qu'elle est libellée en l'espèce, ne suffit pas à réfuter la présomption d'égalité de la common law. Comme je l'ai déjà fait remarquer, il est reconnu qu'en l'absence d'une quelconque différenciation entre les actions, celles-ci doivent toutes être traitées également: voir *Birch v. Cropper, In re Bridgewater Navigation Co.* (1889), 14 A.C. 525 (H.L.). L'intimé soutient que le fait que les catégories d'actions ont la possibilité de recevoir des dividendes dont les montants peuvent différer suffit à les différencier. Le fait demeure toutefois que les trois catégories d'actions de Northland Trucks sont définies essentiellement de la même façon en ce qui concerne leur droit aux dividendes. Chaque catégorie accorde «le droit distinctif de recevoir des dividendes à l'exclusion des autres catégories d'actions dans ladite société». Comme le professeur Boivin, précité, le fait remarquer à la p. 94:

... si toutes les actions sont assorties d'une clause de dividende discrétionnaire, elles sont toutes sur un pied d'égalité en matière de dividendes, même si certaines particularités existent quant à d'autres droits ou privilèges. Loin de rompre le principe d'égalité, la clause ainsi employée le confirme.

Toute différence qui existe entre les actions à l'égard de leur droit de recevoir des dividendes découle clairement non pas d'une différenciation entre les actions mais plutôt des actes des administrateurs de la société. Il s'agirait toutefois d'un droit qui ne découle pas de l'action elle-même et comme tel, il serait invalide en common law.

Après avoir conclu que la clause de dividende discrétionnaire contenue dans les statuts constitutifs de Northland Trucks était une attribution de pouvoir nulle en common law, il me reste à examiner la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan pour voir si elle modifie cette situation.

La Business Corporations Act de la Saskatchewan

L'alinéa 24(4)a) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan prévoit qu'une société

may derogate from the common law rule of equality, by creating more than one class of shares:

24. . . .

(4) The articles may provide for more than one class of shares and, if they so provide:

(a) the rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each class shall be set out therein; . . .

See also s. 6(1)(c)(i).

The question becomes whether the allocation of power to the directors of a corporation to determine each class of shares' right to a dividend, once one has been declared, is consistent with s. 24(4)(a), which provides that such rights must be "set out" in the Articles of Incorporation. There are two possible interpretations. The first is that it is sufficient if the articles "set out" that the different classes of shares have the "right" to receive a dividend that has been declared, wholly at the discretion of the directors. The second is that the requirement that the rights be "set out" requires that the mode of distribution of the dividends be expressly provided for in the articles themselves.

I start from the premise that s. 24(4)(a) must, of course, be interpreted in accordance with the principles of the common law: see *Bowater, supra*, at p. 754. It should be apparent from the preceding analysis that, in my opinion, this would inevitably lead one towards the second interpretation, since, at common law, shareholder rights had to be expressly provided for in the shares themselves. If the Saskatchewan legislature intended to depart from this principle, it could have stated so explicitly. In my view, s. 24(4)(a) falls far short of providing the clear expression necessary to indicate an intent to provide the directors of a corporation with a power which they did not otherwise have at common law.

I note that this interpretation of s. 24(4)(a) appears to be the most consistent with other provisions of the Act as well. For example, s. 27 provides for the possibility of creating different "series" within a class of shares, which may themselves be structured so as to possess different rights. In contrast to its treatment of classes of

peut déroger à la règle de l'égalité en common law en créant plus d'une catégorie d'actions:

[TRADUCTION] 24. . . .

(4) L'acte constitutif peut prévoir plusieurs catégories d'actions, auquel cas:

a) les droits, privilèges, restrictions et conditions qui se rattachent aux actions de chaque catégorie doivent y être énoncés; . . .

b Voir également le sous-al. 6(1)c)(i).

La question est maintenant de savoir si le pouvoir attribué aux administrateurs d'une société de déterminer le droit de chaque catégorie d'actions à un dividende, une fois celui-ci déclaré, est conforme à l'al. 24(4)a qui prescrit que ces droits doivent être «énoncés» dans les statuts constitutifs. Il y a deux interprétations possibles. Selon la première, il suffit que les statuts «énoncent» que les différentes catégories d'actions ont le «droit» de recevoir un dividende qui a été déclaré, à l'entière discrétion des administrateurs. Selon la seconde interprétation, l'obligation d'«énoncer» les droits en cause exige que le mode de distribution des dividendes soit expressément prévu dans les statuts eux-mêmes.

Je pars de la prémisse selon laquelle l'al. 24(4)a doit bien sûr être interprété conformément aux principes de la common law: voir *Bowater*, précité, à la p. 754. À mon avis, il devrait ressortir de l'analyse précédente que cela nous amènerait inévitablement à la seconde interprétation puisque, en common law, les droits de l'actionnaire doivent être expressément prévus dans les actions elles-mêmes. Si la législature de la Saskatchewan entendait déroger à ce principe, elle aurait pu le dire explicitement. À mon avis, l'al. 24(4)a est très loin d'exprimer clairement l'intention de conférer aux administrateurs d'une société un pouvoir qu'ils n'avaient pas par ailleurs en vertu de la common law.

Je note que cette interprétation de l'al. 24(4)a semble également être la plus conforme aux autres dispositions de la Loi. Par exemple, l'art. 27 prévoit la possibilité de créer différentes «séries» à l'intérieur d'une catégorie d'actions, qui peuvent elles-mêmes être structurées de façon à posséder différents droits. Contrairement à la façon dont

shares, the Act expressly provides that the directors of a corporation may be given the discretion to determine the rights attaching to these series. Section 27(1) reads:

27.—(1) The articles may authorize the issue of any class of shares in one or more series and may authorize the directors to fix the number of shares in and to determine the designation, rights, privileges, restrictions and conditions attaching to the shares of each series, subject to the limitations set out in the articles.

It is significant that, even when the Act specifically provides that the directors may be given the discretion to determine the rights to be assigned to a series, this discretion is not unlimited: see s. 27(2), (3), (4). In particular, the directors may not assign to a series a higher priority in respect of dividends or return of capital over any other series of the class that are still outstanding (s. 27(3)). Thus, even though under the Act the shareholders can give the directors the power to issue series within a class and assign rights to those series, the shareholders may not agree to give the directors the discretion to interfere with their right to dividends or a return of capital by choosing to give another series priority. Why would the legislature find it necessary to protect the shareholders by restricting the directors' discretion in this manner? In my view, the answer lies in the fact that the rights assigned to series, unlike classes of shares, may be altered without amending the corporate constitution. As Professor Welling, *supra*, notes, at p. 584, this distinction leads to a potential for abuse of power by the directors:

The result is clear although, from the point of view of shareholder protection, it is initially astounding. The statute requires that discrimination between different classes be strictly regulated by the corporate constitution, subject to the remedies protecting adherence to the corporate constitution and changeable only by the usual shareholder approvals. Strangely, discrimination *within a particular class* need only be pre-meditated in the

elle traite les catégories d'actions, la Loi prévoit expressément qu'on peut accorder aux administrateurs d'une société le pouvoir discrétionnaire de déterminer les droits se rattachant à ces séries. Le paragraphe 27(1) dispose:

[TRADUCTION] 27. (1) Les statuts peuvent autoriser l'émission de toute catégorie d'actions dans une ou plusieurs séries et permettre aux administrateurs de fixer le nombre d'actions dans chacune d'elles, et de déterminer la désignation, les droits, les privilèges, les restrictions et les conditions se rattachant aux actions de chaque série, sous réserve des limites énoncées dans les statuts.

Il est important de remarquer que, même lorsque la Loi prévoit expressément qu'on peut conférer aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de déterminer les droits à être assignés à une série, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas illimité: voir les par. 27(2) à (4). En particulier, les administrateurs ne peuvent privilégier une série à l'égard des dividendes ou du remboursement de capital au détriment de toute autre série de la même catégorie qui est encore en circulation (par. 27(3)). Ainsi, même si en vertu de la Loi, les actionnaires peuvent accorder aux administrateurs le pouvoir d'émettre des séries dans une catégorie donnée et conférer des droits à ces séries, ils ne peuvent s'entendre pour accorder aux administrateurs le pouvoir discrétionnaire de porter atteinte à leur droit aux dividendes ou à un remboursement de capital en choisissant de donner priorité à une autre série. Pourquoi la législature jugerait-elle nécessaire de protéger les actionnaires en restreignant le pouvoir discrétionnaire des administrateurs de cette façon? Je répondrai que les droits conférés aux séries, contrairement aux catégories d'actions, peuvent être changés sans qu'on modifie la constitution de la société. Comme le fait remarquer le professeur Welling, précité, à la p. 584, cette distinction peut entraîner un abus de pouvoir de la part des administrateurs:

[TRADUCTION] Le résultat est clair même si, du point de vue de la protection de l'actionnaire, il est à première vue surprenant. La loi exige que toute distinction faite entre les différentes catégories soit strictement réglementée par la constitution de la société, sous réserve des recours protégeant l'observation de cette constitution, et que cette distinction ne puisse être modifiée qu'avec l'approbation habituelle des actionnaires. Curieusement,

articles: the details can be supplied from time to time by ordinary directors' resolutions, without any shareholder participation at all. [Emphasis in original.]

Because s. 27 allows the shareholders to give directors the power to discriminate between series of shares, while leaving the directors with the ability to "supply the details" of this discrimination themselves at a later date, the legislature apparently found it necessary to limit this power, by preventing the directors from discriminating in certain areas, specifically with respect to priority over dividends. This attempt at protection would be rendered futile if it were permissible for shareholders to give to directors the same power to discriminate with respect to priority over dividends where shareholder classes are concerned, through the use of a discretionary dividend clause.

A more reasonable interpretation of the statute is that it contemplates that shareholders will be protected from changes being made to the rights attached to different classes of shares by virtue of the fact that such rights may only be amended by altering the corporate constitution. Section 170(1)(c) of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provides that:

170(1) ... the holders of shares of a class or ... of a series are entitled to vote separately as a class or series upon a proposal to amend the articles to:

(c) add, change or remove the rights, privileges, restrictions or conditions attached to the shares of such class

The protection afforded by s. 170 for dividend rights can only be meaningful if the mode of distribution must itself be set out in the Articles of Incorporation. Otherwise, the section can effectively be circumvented because the directors will have the power to change each class's allocation of dividends at will, without the need for a shareholder vote. The importance of s. 170(1) as a mechanism for protecting shareholder interests is evidenced by the fact that each class of shares is

il suffit que la distinction *au sein d'une catégorie particulière* soit prévue dans les statuts: les détails peuvent être fournis à l'occasion par les résolutions ordinaires des administrateurs, sans participation aucune des actionnaires. [Souligné dans le texte original.]

Parce que l'art. 27 permet aux actionnaires d'accorder aux administrateurs le pouvoir d'établir une distinction entre les séries d'actions, tout en autorisant les administrateurs à «fournir eux-mêmes les détails» de cette distinction à une date ultérieure, la législature a apparemment jugé nécessaire de limiter ce pouvoir, en empêchant les administrateurs d'établir une distinction dans certains domaines, particulièrement en ce qui concerne la priorité sur les dividendes. Cette tentative de protection serait futile s'il était loisible aux actionnaires d'accorder aux administrateurs le même pouvoir d'établir une distinction à l'égard de la priorité sur les dividendes en ce qui concerne les catégories d'actionnaires, en ayant recours à une clause de dividende discrétionnaire.

Selon une interprétation plus raisonnable de la loi, celle-ci prévoit que les actionnaires seront protégés contre les modifications apportées aux droits se rattachant aux différentes catégories d'actions étant donné que ces droits ne peuvent être changés que par la modification de la constitution de la société. L'alinéa 170(1)c) de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan dispose:

[TRADUCTION] 170(1) ... les détenteurs d'actions d'une catégorie ou [...] d'une série sont autorisés à voter séparément à ce titre concernant un projet de modification des statuts en vue:

c) d'ajouter, de modifier ou de supprimer les droits, privilèges, restrictions ou conditions se rattachant aux actions de cette catégorie . . .

La protection assurée par l'art. 170 quant aux droits à un dividende ne peut avoir un sens que si le mode de distribution doit lui-même être énoncé dans les statuts constitutifs. Sinon, on peut efficacement contourner cet article car les administrateurs pourront à volonté changer la distribution des dividendes de chaque catégorie, sans devoir obtenir le vote des actionnaires. L'importance du par. 170(1) comme moyen de protéger les intérêts de l'actionnaire est démontrée par le fait que

entitled to vote, regardless of whether the shares normally carry this right or not (s. 170(3)).

I also find the use of the discretionary dividend clause in the present case to be inconsistent with the requirement of the Act that at least one class of shares must be entitled "to receive any dividend declared by the corporation" (s. 24(3)(b)). On this point, I agree with the following remarks of Professor Boivin, *supra*, at p. 93:

[TRANSLATION] Assuming that the capital consists of a single class of shares and that these shares carry a discretionary dividend, they do not confer, in our view, any right to any dividends, which is not surprising since that is precisely the aim. Even assuming that the share confers a right to a dividend, that right cannot be interpreted as a right to receive "any dividend declared".

In essence, the argument of the respondent distills down to a single point: the Saskatchewan *Business Corporations Act* does not appear to specifically prohibit the use of a discretionary dividend clause, and in the absence of such explicit prohibition, the parties must be left free to contract at will. If one were to carry this argument to its logical conclusion, there would be nothing to prevent shareholders from passing a "discretionary voting" clause, giving the directors the power to exercise all of their votes as they see fit. Indeed, during the oral argument, counsel for the respondent appeared to suggest that this, too, would be a permissible allocation of power. I find that such an arrangement, which would leave the directors in complete control of the corporation, with the power to prolong their tenure indefinitely, to be completely unacceptable in that it would undermine virtually all of the protection afforded to shareholders by the Act.

It is true, of course, that the actions of the directors will always be subject to the qualification that they are acting as fiduciaries for the corporation. Thus, in theory, it is always open for a shareholder to bring a suit if he feels the directors are exercising their discretion improperly. In reality, however, one cannot overlook the significant

chaque catégorie d'actions bénéficie du droit de vote, peu importe que les actions confèrent normalement ou non ce droit (par. 170(3)).

^a Je conclus également que le recours à la clause de dividende discrétionnaire en l'espèce est incompatible avec l'exigence de la Loi selon laquelle au moins une catégorie d'actions doit avoir le droit [TRADUCTION] «de recevoir tout dividende déclaré par la société» (al. 24(3)b)). Sur ce point, je souscris aux remarques suivantes du professeur Boivin, à la p. 93:

^c Dans l'hypothèse où le capital comporte une seule catégorie d'actions et que ces actions sont assorties d'un dividende discrétionnaire, elles ne confèrent, à notre avis, aucun droit à un dividende quelconque, ce qui n'a rien d'étonnant puisque c'est précisément là l'objectif visé. Même en supposant que l'action confère un droit à un dividende, ce droit ne peut s'interpréter comme celui de recevoir «tout dividende déclaré».

^e Au fond, l'argument de l'intimé se résume à un seul point: la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan ne semble pas interdire expressément l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire et en l'absence d'une telle interdiction expresse, il doit être loisible aux parties de contracter selon leur bon vouloir. Il faudrait logiquement conclure de cet argument que rien n'empêcherait les actionnaires d'adopter une clause «de vote discrétionnaire» qui accorderait aux administrateurs le pouvoir d'exercer tous leurs votes comme bon leur semble. En fait, l'avocat de l'intimé a semblé laisser entendre durant sa plaidoirie que cela aussi constituerait une attribution de pouvoir permise. Je conclus qu'un tel arrangement qui laisserait aux administrateurs le contrôle absolu de la société et leur permettrait de prolonger leur mandat indéfiniment, est tout à fait inacceptable dans la mesure où il supprimerait virtuellement toute la protection accordée aux actionnaires par la Loi.

ⁱ Il est vrai bien sûr que les administrateurs seront toujours assujettis à l'obligation d'agir à titre de fiduciaire de la société. Ainsi, en théorie, il est toujours loisible à un actionnaire d'intenter une poursuite s'il estime que les administrateurs exercent leur pouvoir discrétionnaire d'une façon inappropriée. En réalité, cependant, on ne saurait ne

burden and expense that this remedy entails. In my view, placing the onus on shareholders to bring a suit to vindicate their rights is an inadequate means of protecting them from the potential for abuse created by the presence of a discretionary dividend clause.

If this protectionist view seems somewhat patronizing, I would point out that other provisions of the Saskatchewan *Business Corporations Act* provide, in a similar manner, for the protection of shareholders from arrangements to which they might otherwise agree. One example already referred to is s. 27, which restricts the power that can validly be allocated to directors to determine the rights and privileges of future series of shares. I also note that the protection of the individual shareholder was one of the major driving forces behind the extensive statutory reform that took place in Canadian corporate law in the 1970s; see Welling, *supra*, at p. 502. The Saskatchewan *Business Corporations Act* is a product of that reform, as is the *Canada Business Corporations Act* upon which the Saskatchewan *Business Corporations Act* is modeled. Corporate law has not yet evolved to the point where the freedom to contract at any cost has become paramount to all other concerns.

The need for shareholder protection from abuse of the discretionary dividend clause becomes all the more apparent when one considers the possibility that such a clause could be inserted in the Articles of Incorporation of a large, publicly held corporation. I recognize that in this case we are dealing with a closely held corporation, where there has been no allegation of a breach of fiduciary duty by the directors, but the Saskatchewan *Business Corporations Act* applies to large and small corporations equally. One rule of law must stand for both. I hasten to add that, in my view, the primary reason that the discretionary dividend clause is invalid is that it offends the principle that the corporation has a separate legal existence from the shareholder. Since the shareholders of closely held corporations are given preferential treatment, such as limited liability, based upon the notion of

pas tenir compte du fardeau et des frais importants que ce recours entraîne. À mon avis, imposer aux actionnaires le fardeau d'intenter une poursuite pour faire valoir leurs droits n'est pas un moyen adéquat pour les protéger contre les abus auxquels la clause de dividende discrétionnaire peut donner lieu.

Si ce point de vue protectionniste semble quelque peu condescendant, je ferai remarquer que d'autres dispositions de la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan protègent, de la même façon, les actionnaires contre des arrangements auxquels ils pourraient autrement consentir. Un exemple déjà mentionné est l'art. 27, qui restreint le pouvoir qui peut être validement conféré aux administrateurs de déterminer les droits et privilèges des futures séries d'actions. Je souligne également que la protection de l'actionnaire en tant que particulier a été l'une des forces dominantes qui a inspiré la réforme législative en profondeur du droit des sociétés au Canada au cours des années 70; voir Welling, précité, à la p. 502. La *Business Corporations Act* de la Saskatchewan est un résultat de cette réforme, tout comme la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* sur laquelle elle est modelée. Le droit des sociétés n'est pas encore rendu au point où la liberté de contracter à tout prix a préséance sur toutes autres considérations.

La nécessité de protéger l'actionnaire contre l'usage abusif de la clause de dividende discrétionnaire devient encore plus manifeste lorsqu'on envisage la possibilité d'insérer une telle clause dans les statuts constitutifs d'une société dont les actions sont détenues par le public. Je reconnais qu'en l'espèce, il s'agit d'une société fermée, et qu'il n'a pas été allégué que les administrateurs avaient manqué à leur obligation de fiduciaire, mais la *Business Corporations Act* de la Saskatchewan s'applique aussi bien aux grandes qu'aux petites sociétés. Il doit y avoir une seule règle de droit pour les deux. Je m'empresse d'ajouter qu'à mon avis, la raison principale pour laquelle la clause de dividende discrétionnaire est nulle est qu'elle va à l'encontre du principe selon lequel la société constitue une entité juridique distincte de celle de l'actionnaire. Puisque les actionnaires des

this separation between corporation and shareholder, it is not unreasonable for the state to require them to respect this separation by structuring their corporation accordingly.

Against the weight of these arguments, I can think of no socially useful purpose, and counsel for the respondent could point to none, behind the employment of a discretionary dividend clause. The only apparent purpose of such a clause is to facilitate tax avoidance through "income-splitting", which does little to persuade me of the need to allow corporations to be structured in this manner: see Boivin, *supra*, at p. 106; see also comment, "The Last Bastion for Income-Splitting? *J. A. McClurg v. The Queen*" (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.

Having found that the discretionary dividend clause used in the Articles of Incorporation of Northland Trucks was invalid, it remains to determine how the money distributed pursuant to that clause should be allocated. Since the directors of Northland Trucks must be taken to have made the decision that the declaration of the amount of dividends that were distributed was in the best interests of the corporation, it would be inappropriate to now return this money to the corporation. The proper solution, in my view, is to redistribute the dividends amongst the various classes of shares. As previously discussed, in the absence of a valid differentiation between the shares to the contrary, all of the classes will share in the dividend equally. In the present case, that means that the money will be allocated equally to the shares in classes A, B, and C.

I turn then to a consideration of the income tax consequences of the dividend payments.

Income Tax Consequences

General

I am in agreement with the Chief Justice as to the proper approach to the interpretation of the *Income Tax Act* generally, and s. 56(2) specifically, as well as the necessity of ascertaining the true

sociétés fermées jouissent d'un traitement privilégié, tel que la responsabilité limitée, compte tenu de cette séparation entre la société et l'actionnaire, il est normal que l'État les oblige à respecter la séparation en cause en structurant leur société en conséquence.

Pour faire contrepoids à ces arguments, je ne perçois aucune raison utile, sur le plan social—et l'avocat de l'intimé n'a su en mentionner aucune—qui justifierait l'utilisation d'une clause de dividende discrétionnaire. Le seul but apparent d'une telle clause est de faciliter l'évitement fiscal grâce au «fractionnement du revenu», ce qui ne saurait me convaincre de la nécessité de permettre aux sociétés d'être structurées de cette manière: voir Boivin, précité, à la p. 106; voir également les commentaires sur l'arrêt «*The Last Bastion for Income-Splitting? J. A. McClurg v. The Queen*» (1986), 34 *Can. Tax J.* 404.

Après avoir conclu que la clause de dividende discrétionnaire utilisée dans les statuts constitutifs de Northland Trucks était invalide, il reste à déterminer comment l'argent distribué en vertu de cette clause devrait être alloué. Puisqu'il faut présumer que les administrateurs de Northland Trucks ont décidé que la déclaration du montant des dividendes distribués était dans l'intérêt de la société, il serait maintenant inapproprié de retourner cet argent à la société. Il conviendrait à mon avis de redistribuer les dividendes parmi les différentes catégories d'actions. Comme je l'ai déjà dit, en l'absence d'une différenciation valide entre les actions à l'effet contraire, toutes les catégories se partageront les dividendes également. En l'espèce, cela signifie que l'argent sera distribué également aux actions des catégories A, B et C.

Je vais maintenant examiner les conséquences d'ordre fiscal des versements de dividende.

i Conséquences d'ordre fiscal

Généralités

Je suis d'accord avec le Juge en chef quant à la bonne façon d'interpréter la *Loi de l'impôt sur le revenu* en général, et le par. 56(2) en particulier, ainsi que sur la nécessité de déterminer la nature

nature of the transaction in question. With deference, however, I am unable to agree with him as to the application of s. 56(2) in the present case. Our differences arise as a result of the interdependence of the corporate law and income taxation issues in this case, and my finding that the discretionary dividend clause is invalid.

Any tax planning technique is open to challenge on the basis that the underlying legal construct is invalid. This follows from the fundamental principle of taxation law that the actual legal result of a transaction, rather than its form, is relevant to tax liability. In *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029 (F.C.T.D.), for example, a dividend payment was found to be invalid in law, and the form of the payment was disregarded for tax purposes. In that case, the taxpayer and his wife held two-thirds and one-third of the shares of the corporation respectively. While the Articles of Incorporation of the company specifically stated that "dividends may be declared and paid according to . . . the number of shares held", dividends were paid to only one class of shares, which were held exclusively by the wife. The court found that the taxpayer diverted his *pro rata* share of the dividends, and included this indirect payment in his income by way of s. 56(2). The approach adopted by the Federal Court in *Champ* is in keeping with the "ineffective transaction" test for denying a taxpayer the benefit of a particular transaction, which was articulated by this Court in *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536.

In the present case, Mrs. McClurg received a dividend payment of \$10,000 on the basis of the discretionary dividend clause that has been found to be invalid. Therefore, the taxpayer's characterization of the true nature of the payment cannot stand. Instead, the analysis must proceed on the basis that the dividend declared in each of the three years in question should have been allocated equally to the shares in classes A and B. Of the \$10,000 dividend declared, then, \$8,000 was pay-

véritable de l'opération en question. Sauf le respect que je lui dois, je ne saurais toutefois être d'accord avec lui quant à l'application du par. 56(2) dans le présent pourvoi. Nos divergences portent sur l'interdépendance du droit des sociétés et des questions d'impôt sur le revenu en l'espèce, et sur ma conclusion selon laquelle la clause de dividende discrétionnaire est nulle.

b Toute technique de planification fiscale peut être contestée pour le motif que le concept juridique qu'elle applique est nul. Cela découle du principe fondamental de droit fiscal selon lequel c'est le résultat juridique même d'une opération plutôt que sa forme qui est pertinent en matière d'assujettissement à l'impôt. Dans l'affaire *Champ v. The Queen*, 83 D.T.C. 5029 (C.F.S.P.I.), par exemple, un versement de dividende a été jugé illégal et on n'a pas tenu compte de la forme du versement pour les fins de l'impôt. Dans cette affaire, le contribuable et son épouse détenaient respectivement deux tiers et un tiers des actions de la société. Même si les statuts constitutifs de la compagnie précisait que «des dividendes peuvent être déclarés et payés [. . .] selon le nombre d'actions détenues», les dividendes n'ont été versés qu'à une catégorie d'actions, qui était détenue exclusivement par l'épouse. La cour a conclu que le contribuable avait détourné sa part des dividendes, et inclus ce paiement indirect dans son revenu en vertu du par. 56(2). Cette approche adoptée par la Cour fédérale dans l'affaire *Champ* est conforme au critère de «l'opération sans effet» lorsqu'il s'agit de refuser à un contribuable le bénéfice d'une opération donnée, critère qui a été élaboré par notre Cour dans l'arrêt *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536.

i En l'espèce, M^{me} McClurg a reçu un dividende de 10 000 \$ en vertu de la clause de dividende discrétionnaire qui a été jugée invalide. Par conséquent, la caractérisation par le contribuable de la nature véritable du paiement ne saurait valoir. Il faut plutôt poursuivre l'analyse en tenant compte du fait que le dividende déclaré pour chacune des trois années en question aurait dû être attribué également aux actions des catégories A et B. Eu égard au dividende de 10 000 \$ déclaré, la somme

able to Mr. McClurg, and only \$2,000 was payable to Mrs. McClurg.

Before turning to the specifics of the application of s. 56(2) to the facts at hand, it is necessary to comment on two points raised by the Chief Justice. First, he states that a dividend payment does not fall within the scope of s. 56(2). I agree with this view so far as it refers to the typical situation where the dividend payment is within the powers of the corporation and the shareholder is *bona fide* entitled to the dividends. It must be emphasized, however, that \$8,000 of the dividend payment to Mrs. McClurg was not a *bona fide* dividend payment, but a receipt of dividend income otherwise payable to her husband. As was the case in *Champ v. The Queen, supra*, a payment which is not in law a dividend payment cannot serve as a bar to the application of s. 56(2).

Secondly, I must comment on the relevance of Mrs. McClurg's contribution to the business. At trial, it was found as a fact that Wilma McClurg contributed to the establishment and operation of the business. The Chief Justice considers this fact to be of relevance to the resolution of the matter before this Court, because it indicates that the dividend payment was not the product of a blatant tax avoidance scheme, but rather a benefit conferred for adequate consideration in the context of a legitimate business relationship. In other words, the dividend payment can be justified because of the efforts made by Mrs. McClurg on behalf of the company.

With respect, this fact is irrelevant to the issue before us. To relate dividend receipts to the amount of effort expended by the recipient on behalf of the payor corporation is to misconstrue the nature of a dividend. As discussed earlier, a dividend is received by virtue of ownership of the capital stock of a corporation. It is a fundamental principle of corporate law that a dividend is a return on capital which attaches to a share, and is in no way dependent on the conduct of a particular shareholder.

de 8 000 \$ était alors payable à M. McClurg et seulement 2 000 \$ étaient payables à M^{me} McClurg.

Avant d'examiner en détail l'application du par. 56(2) aux faits de l'espèce, il me faut commenter deux points soulevés par le Juge en chef. Il affirme tout d'abord que le versement d'un dividende n'est pas visé par le par. 56(2). Je souscris à ce point de vue dans la mesure où il s'agit de la situation typique où un tel versement relève des pouvoirs de la société et où l'actionnaire a vraiment droit aux dividendes. Il faut cependant souligner relativement au dividende versé à M^{me} McClurg, que la somme de 8 000 \$ n'était pas un véritable paiement de dividende mais plutôt le versement d'un revenu de dividende payable par ailleurs à son époux. Comme ce fut le cas dans l'affaire *Champ v. The Queen*, précitée, un paiement qui n'est pas légalement un versement de dividende ne saurait empêcher l'application du par. 56(2).

En second lieu, je me dois de commenter la pertinence de la contribution de M^{me} McClurg à l'entreprise. Au procès, il a été établi que Wilma McClurg a contribué à l'établissement et à l'exploitation de l'entreprise. Le Juge en chef considère que ce fait est pertinent pour les fins du règlement du litige devant notre Cour, parce qu'il indique que le versement de dividende ne résultait pas d'une tentative flagrante d'évitement fiscal mais qu'il constituait plutôt un avantage trouvant sa contrepartie suffisante dans le cadre d'une relation d'affaire légitime. En d'autres termes, ledit versement peut être justifié en raison des efforts que M^{me} McClurg a déployés pour le compte de la compagnie.

En toute déférence, ce fait n'est pas pertinent pour les fins du litige dont nous sommes saisis. C'est mal interpréter la nature d'un dividende que de lier le versement d'un dividende à la somme des efforts déployés par le bénéficiaire pour le compte de la société payante. Comme nous l'avons dit auparavant, le versement d'un dividende résulte de la propriété du capital-actions d'une société. Selon un principe fondamental du droit des sociétés, un dividende est le rapport du capital qui se rattache à une action et ne dépend d'aucune façon de la conduite d'un actionnaire donné.

In the present case, a \$10,000 dividend was declared by the directors of Northland Trucks and was allocated in its entirety to Mrs. McClurg, ostensibly in return for work and services rendered to the company. Regardless of what motivated the directors to allocate the dividends to Mrs. McClurg, if she were somehow *bona fide* entitled to the dividends, it would be an entitlement based solely on her ownership of shares of the corporation, and s. 56(2) would not apply. In other words, s. 56(2) clearly is inapplicable to a transaction wherein a shareholder is in receipt of a dividend properly allocated to his or her shares.

Application of Section 56(2)

Turning to the application of s. 56(2) to the instant case, I find it useful as a starting point to break the provision down into its constituent parts. Such an analytical framework was adopted by Cattanaich J. in *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314 (F.C.T.D.), where he stated, at pp. 6317-18:

To fall within subsection 56(2) each essential ingredient to taxability in the hands of the taxpayer therein specified must be present.

Those four ingredients are:

- (1) that there must be a payment or transfer of property to a person other than the taxpayer;
- (2) that the payment or transfer is pursuant to the direction of or with the concurrence of the taxpayer;
- (3) that the payment or transfer be for the taxpayer's own benefit or for the benefit of some other person on whom the taxpayer wished to have the benefit conferred, and
- (4) that the payment or transfer would have been included in computing the taxpayer's income if it had been received by him instead of the other person.

It must be determined, then, whether these four elements or prerequisites to the application of s. 56(2) are present in the transaction at hand.

With regard to the first element, the term "payment" has acquired no technical meaning in the *Income Tax Act* and is to be interpreted in its popular sense: see *Murphy, supra*, at p. 6320. Furthermore, "property" is defined in very broad

Dans le présent pourvoi, un dividende de 10 000 \$ a été déclaré par les administrateurs de Northland Trucks et alloué intégralement à M^{me} McClurg, manifestement en contrepartie du travail et des services fournis à la compagnie. Quelles que soient les raisons pour lesquelles les administrateurs ont versé les dividendes à M^{me} McClurg, si elle avait vraiment droit aux dividendes, il s'agirait d'un droit fondé uniquement sur la propriété des actions de la société, et le par. 56(2) ne s'appliquerait pas. En d'autres termes, le par. 56(2) ne s'applique manifestement pas à une opération grâce à laquelle un actionnaire touche un dividende qui est alloué à bon droit à ses actions.

Application du par. 56(2)

En ce qui concerne l'application du par. 56(2) en l'espèce, il est utile, à mon avis, de commencer par séparer les différentes parties de cette disposition. Le juge Cattanaich a adopté une telle analyse dans l'affaire *Murphy v. The Queen*, 80 D.T.C. 6314 (C.F.S.P.I.), où il a déclaré aux pp. 6317 et 6318:

Pour que le paragraphe 56(2) s'applique, toutes les conditions d'assujettissement prévues doivent être réunies.

Voici ces quatre conditions:

- (1) il doit y avoir un paiement ou transfert de biens à une personne autre que le contribuable;
- (2) paiement ou transfert doit être effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable;
- (3) paiement ou transfert doit être effectué au profit du contribuable ou de toute autre personne que le contribuable désire avantager;
- (4) paiement ou transfert aurait été inclus dans le calcul du revenu du contribuable si ce dernier, au lieu de l'autre personne, l'avait reçu.

Il faut maintenant déterminer si ces quatre éléments ou conditions préalables à l'application du par. 56(2) sont présents dans l'opération en l'espèce.

En ce qui a trait au premier élément, le terme «paiement» n'a pas acquis un sens technique dans la *Loi de l'impôt sur le revenu* et il doit être interprété selon son sens ordinaire: voir *Murphy, précité*, à la p. 6320. En outre, le mot «biens» est

terms in s. 248(1) of the *Income Tax Act*, and specifically includes money. It is also noteworthy that s. 16(1), the predecessor to s. 56(2), originally referred to a transfer of "money, rights or things". Therefore, it appears that the payment in question satisfies the first prerequisite to the operation of s. 56(2). This is confirmed by *Champ v. The Queen*, *supra*, where it was held that the taxpayer effected a "transfer of property" by directing the payment of dividends.

The second element provides that the payment or transfer be pursuant to the direction of the taxpayer or with the concurrence of the taxpayer. The respondent argued that the payment was made by the company, a legal entity separate from the taxpayer, and to the extent that the taxpayer directed or concurred in the payment of the dividend, this was done in his capacity as a director of the corporation, and not in any personal capacity.

Under s. 56(2), however, it is sufficient that such a payment be made with the concurrence of the taxpayer. The facts indicate that the respondent, in his capacity as a shareholder, did not object to the distribution of dividends. The appellant argued that Mr. McClurg's failure to object to the payment to Mrs. McClurg constituted implied concurrence. In other words, since Mr. McClurg did not demand his share of the dividends, he implicitly accepted that the company make an \$8,000 payment to his wife. To this end, the appellant relied on *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378 (Ex. Ct.), at p. 385, in which Dumoulin J. held that the "abstention or indifference" of shareholders who had the power to object to the actions of directors was "tantamount to an approval" and sufficient to invoke s. 16(1), the predecessor to s. 56(2).

In my view, an individual in control of a corporation can be said to have directed a payment or transfer of property within the meaning of s. 56(2) by exercising that control. Furthermore, even if one accepts the contrary view that the taxpayer did not direct the payment, the payment neverthe-

défini d'une façon très large au par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et inclut expressément l'argent. Il convient également de souligner que le par. 16(1), le prédécesseur du par. 56(2), faisait mention à l'origine d'un transport «d'argent, de droits ou de choses». Il semble par conséquent que le paiement en question satisfasse à la première condition requise pour l'application du par. 56(2). Cela est confirmé par l'arrêt *Champ v. The Queen*, précité, dans lequel il a été décidé que le contribuable avait effectué un «transfert de biens» en ordonnant le versement de dividendes.

Le second élément prévoit que le paiement ou le transfert doit être effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable. L'intimé a soutenu que le paiement avait été effectué par la compagnie, une entité juridique distincte du contribuable, et que dans la mesure où le versement du dividende a été effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, celui-ci avait agi en qualité d'administrateur de la société et non à titre personnel.

Sous le régime du par. 56(2), il suffit toutefois qu'un tel paiement soit fait avec l'accord du contribuable. Les faits indiquent que l'intimé, en sa qualité d'actionnaire, ne s'est pas opposé à la distribution des dividendes. L'appelante a prétendu que l'omission de M. McClurg de s'opposer au paiement fait à M^{me} McClurg constituait un accord implicite. En d'autres termes, puisque M. McClurg n'a pas réclamé sa part des dividendes, il a implicitement accepté que la compagnie verse la somme de 8 000 \$ à son épouse. À cette fin, l'appelante s'est fondée sur l'arrêt *Bronfman, A. v. M.N.R.*, [1965] C.T.C. 378 (C. de l'É.), à la p. 385, dans laquelle le juge Dumoulin a statué que «l'abstention ou l'indifférence» des actionnaires qui avaient le pouvoir de s'opposer aux actes des administrateurs [TRADUCTION] «équivalait à une approbation» et permettait d'invoquer le par. 16(1), le prédécesseur du par. 56(2).

À mon avis, on peut affirmer qu'un particulier ayant le contrôle d'une société a ordonné un paiement ou un transfert de biens au sens du par. 56(2) en exerçant ce contrôle. Qui plus est, même si on accepte le point de vue contraire selon lequel le contribuable n'a pas ordonné un tel paiement,

less was made with the concurrence of Mr. McClurg in his personal capacity as a shareholder of the company. Thus, the second precondition to the operation of s. 56(2) is met.

The third precondition requires that the payment be for the benefit of the taxpayer or recipient. Since Mrs. McClurg was entitled to only \$2,000 in dividends, the \$8,000 portion of the payment representing Mr. McClurg's dividend entitlement amounts to a benefit to her under s. 56(2). In addition, Mr. McClurg himself obtained a benefit from the transaction by way of a reduction in income tax. As explained by Cattanach J. in *Murphy v. The Queen, supra*, at p. 6318, this type of benefit goes to the very purpose of s. 56(2):

Subsection 56(2) is to impute receipt of income to the taxpayer that was diverted at his instance to someone else. It is to cover cases where the taxpayer seeks to avoid the receipt of what in his hands would be income by arranging to transfer that amount to some other person he wishes to benefit or for his own benefit in doing so. Apart from any moral satisfaction the practical benefit to the taxpayer is the reduction in his income tax.

Finally, it is obvious that the \$8,000 dividend would have been included in Mr. McClurg's income had the allocation been properly made.

Therefore, the four prerequisites to the application of s. 56(2) have been met. Since \$8,000 of the \$10,000 in dividends attributed to Wilma McClurg on her class B shares was properly attributable to Mr. McClurg, this amount should be included in the computation of his income.

Disposition

In the result, I would allow the appeal and uphold the Minister's reassessment.

Appeal dismissed with costs, WILSON, LA FOREST and L'HEUREUX-DUBÉ JJ. dissenting.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Bennett Jones, Calgary.

celui-ci a néanmoins été effectué avec l'accord de M. McClurg en sa qualité personnelle à titre d'actionnaire de la compagnie. La deuxième condition préalable relative à l'application du par. 56(2) est donc remplie.

La troisième condition préalable exige que le paiement soit fait au profit du contribuable ou du bénéficiaire. Puisque M^{me} McClurg n'avait droit qu'à un dividende de 2 000 \$, le versement des autres 8 000 \$ représentant le dividende auquel avait droit M. McClurg équivaut à un avantage conféré à l'épouse de ce dernier en vertu du par. 56(2). En outre, M. McClurg lui-même a tiré un avantage de l'opération par la réduction de son impôt sur le revenu. Comme l'a expliqué le juge Cattanach dans l'affaire *Murphy v. The Queen*, précitée, à la p. 6318, ce type d'avantage est directement visé par le par. 56(2):

Le paragraphe 56(2) a pour but d'imputer au contribuable un revenu qui a été, sur ses instructions, attribué à quelqu'un d'autre. Il vise les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour transférer ce montant au profit de quelqu'un d'autre ou à son propre profit. À part procurer une satisfaction morale, l'opération permet au contribuable de réduire son impôt sur le revenu.

Enfin, il est évident que le dividende de 8 000 \$ aurait été inclus dans le revenu de M. McClurg si l'attribution avait été faite correctement.

Par conséquent, les quatre conditions préalables de l'application du par. 56(2) ont été remplies. Puisque des 10 000 \$ attribués à Wilma McClurg à titre de dividendes provenant de ses actions de la catégorie B, 8 000 \$ étaient attribuables à M. McClurg, cette somme devrait être incluse dans le calcul de son revenu.

Dispositif

En conclusion, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de maintenir la nouvelle cotisation du Ministre.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges WILSON, LA FOREST et L'HEUREUX-DUBÉ sont dissidents.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Bennett Jones, Calgary.

Douglas De Savoye Appellant

v.

Morguard Investments Limited Respondent

and

Credit Foncier Trust Company Respondent

INDEXED AS: MORGUARD INVESTMENTS LTD. v. DE SAVOYE

File No.: 21116.

1990: April 23; 1990: December 20.

Present: Dickson C.J.* and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Conflict of laws — Civil procedure — Judgments and orders — Recognition and enforcement of extra-provincial judgments — Respondents obtaining judgments in Alberta court against British Columbia resident for foreclosure and for deficiencies between value of property and amounts owing on mortgages — Whether or not Alberta judgments should be enforced by British Columbia court.

The respondents were mortgagees of lands in Alberta. The appellant was the mortgagor and then resided in Alberta. He moved to British Columbia and has not resided or carried on business in Alberta since then. The mortgages fell into default and the respondents brought action in Alberta. Service was effected in accordance with the rules for service *ex juris* of the Alberta Court. The appellant took no steps to appear or to defend the actions. There was no clause in the mortgages by which he agreed to submit to the jurisdiction of the Alberta court and he did not attorn to its jurisdiction.

The respondents obtained judgments *in rem* in the foreclosure actions. At the expiry of the redemption period, they obtained orders for a judicial sale of the mortgaged properties to themselves and judgments were entered against the appellant for the deficiencies between the value of the property and the amount owing on the mortgages. The respondents then each commenced a

* Chief Justice at the time of hearing.

Douglas De Savoye Appellant

c.

Morguard Investments Limited Intiméea
et**Credit Foncier Trust Company Intimée**

b RÉPERTORIÉ: MORGUARD INVESTMENTS LTD. c. DE SAVOYE

N° du greffe: 21116.

1990: 23 avril; 1990: 20 décembre.

c Présents: Le juge en chef Dickson* et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

d *Droit international privé — Procédure civile — Jugements et ordonnances — Reconnaissance et exécution des jugements d'une autre province — Obtention par les intimées de jugements d'un tribunal albertain contre un résident de la Colombie-Britannique visant la forclusion et l'obtention du montant par lequel les créances hypothécaires dépassaient la valeur des biens-fonds — Les jugements obtenus en Alberta devraient-ils être exécutés par un tribunal de la Colombie-Britannique?*

f Les intimées étaient créancières hypothécaires de biens-fonds situés en Alberta. L'appellant était le débiteur hypothécaire et résidait alors en Alberta. Il a déménagé en Colombie-Britannique et n'a plus résidé ni fait des affaires en Alberta depuis ce moment. Il y a eu g défaut de paiement des créances hypothécaires et les intimées ont intenté des actions en Alberta. La signification a été effectuée conformément aux règles de signification *ex juris* du tribunal albertain. L'appellant n'a pris aucune disposition pour comparaître ou produire une h défense aux actions. Dans les actes d'hypothèque, il n'y avait pas de clause dans laquelle il acceptait de se soumettre à la compétence de la cour de l'Alberta et il n'a pas reconnu sa compétence.

i Les intimées ont obtenu des jugements conditionnels dans les actions en forclusion. À l'expiration de la période de rachat, elles ont obtenu des ordonnances de vente judiciaire des biens-fonds hypothéqués à elles-mêmes et des jugements ont été inscrits contre l'appellant pour le montant des créances hypothécaires dépassant la valeur des biens-fonds. Les intimées ont ensuite

* Juge en chef à la date de l'audition.

separate action in the British Columbia Supreme Court to enforce the Alberta judgments for the deficiencies. Judgment was granted to the respondents by the Supreme Court in a decision which was upheld on appeal to the Court of Appeal. At issue here was the recognition to be given by the courts in one province to a judgment of the courts in another province in a personal action brought in the latter province at a time when the defendant did not live there.

Held: The appeal should be dismissed.

The common law regarding the recognition and enforcement of foreign judgments is anchored in the principle of territoriality as interpreted and applied by the English courts in the 19th century. This principle reflects one of the basic tenets of international law, that sovereign states have exclusive jurisdiction in their own territory. As a concomitant to this, states are hesitant to exercise jurisdiction over matters that may take place in the territory of other states. Because jurisdiction is territorial, a state's law has no binding effect outside its jurisdiction.

Modern states cannot live in splendid isolation and do give effect to judgments given in other countries in certain circumstances, such as judgments *in rem* and personal judgments. This was thought to be in conformity with the requirements of comity, which has been stated to be the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory. But comity is based not simply on respect for a foreign sovereign, but on convenience and even necessity. Modern times require that the flow of wealth, skills and people across boundaries be facilitated in a fair and orderly manner. Principles of order and fairness which ensure security of transactions with justice must underlie a modern system of private international law. The content of comity therefore must be adjusted in the light of a changing world order.

No real comparison exists between the interprovincial relationships of today and those obtaining between foreign countries in the 19th century. The courts made a serious error in transposing the rules developed for the enforcement of foreign judgments to the enforcement of judgments from sister-provinces. The considerations underlying the rules of comity apply with much greater force between the units of a federal state.

l'une et l'autre intenté une action distincte en Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue de faire exécuter les jugements obtenus en Alberta pour le solde de la créance. La Cour suprême a rendu jugement en faveur des intimées et la Cour d'appel a confirmé ce jugement. En l'espèce, il s'agit de déterminer si les tribunaux d'une province doivent reconnaître un jugement rendu par les tribunaux d'une autre province sur une action personnelle intentée dans cette dernière à un moment où le défendeur n'y résidait pas.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La common law sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est ancrée dans le principe de la territorialité tel que les tribunaux anglais l'interprétaient et l'appliquaient au XIX^e siècle. Ce principe traduit l'un des préceptes fondamentaux du droit international, selon lequel les États souverains ont compétence exclusive sur leur propre territoire. Par conséquent, les États hésitent à exercer leur compétence sur des événements qui se sont produits sur le territoire d'un autre État. Comme la compétence est territoriale, le droit d'un État n'a pas force exécutoire hors du territoire de celui-ci.

Les États modernes ne peuvent vivre dans l'isolement le plus complet et ils appliquent effectivement les jugements rendus dans d'autres pays dans certaines circonstances, comme les jugements *in rem* et les jugements sur les actions personnelles. Cela a été jugé conforme aux exigences de la courtoisie qu'on a définie comme la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire. Mais la courtoisie ne consiste pas seulement à respecter un État souverain étranger, mais elle se fonde également sur des considérations de commodité et même de nécessité. L'époque moderne exige que l'on facilite la circulation équitable et ordonnée des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. Les principes d'ordre et d'équité, qui assurent la sécurité et la justice des opérations, doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé. Le sens de la courtoisie doit donc s'ajuster aux changements de l'ordre mondial.

Il n'y a pas vraiment de comparaison possible entre les relations interprovinciales actuelles et celles qui s'appliquaient aux pays étrangers au XIX^e siècle. Les tribunaux ont eu grandement tort de transposer les règles conçues pour l'exécution des jugements étrangers à l'exécution des jugements des autres provinces du pays. Les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral.

The 19th century English rules fly in the face of the obvious intention of the Constitution to create a single country with a common market and a common citizenship. The constitutional arrangements made to effect this goal, such as the removal of barriers to interprovincial trade and mobility guarantees, speak to the strong need for the enforcement throughout the country of judgments given in one province.

The Canadian judicial structure is so arranged that any concerns about differential quality of justice among the provinces can have no real foundation. All superior court judges—who also have superintending control over other provincial courts and tribunals—are appointed and paid by the federal authorities. All are subject to final review by the Supreme Court of Canada, which can determine when the courts of one province have appropriately exercised jurisdiction in an action and the circumstances under which the courts of another province should recognize such judgments. Further, Canadian counsel are all subject to the same code of ethics.

The courts in one province should give “full faith and credit” to the judgments given by a court in another province or a territory, so long as that court has properly, or appropriately, exercised jurisdiction in the action. Both order and justice militate in favour of the security of transactions. It is anarchic and unfair that a person should be able to avoid legal obligations arising in one province simply by moving to another province.

These concerns, however, must be weighed against fairness to the defendant. The taking of jurisdiction by a court in one province and its recognition in another must be viewed as correlatives and recognition in other provinces should be dependent on the fact that the court giving judgment “properly” or “appropriately” exercised jurisdiction. It may meet the demands of order and fairness to recognize a judgment given in a jurisdiction that had the greatest or at least significant contacts with the subject matter of the action. But it hardly accords with principles of order and fairness to permit a person to sue another in any jurisdiction, without regard to the contacts that jurisdiction may have to the defendant or the subject matter of the suit. If the courts of one province are to be expected to give effect to judgments given in another province, there must be some limit to the exercise of jurisdiction against persons outside the province. If it is reasonable to support the exercise of

Les règles anglaises du XIX^e siècle sont absolument contraires à l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays doté d'un marché commun et d'une citoyenneté commune. Les arrangements constitutionnels conclus pour réaliser cet objectif, comme la suppression des obstacles aux échanges interprovinciaux et les garanties de liberté de circulation et d'établissement, répondent à la nécessité impérieuse de pouvoir faire exécuter partout au pays les jugements obtenus dans une province.

Le système judiciaire canadien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre ne saurait être vraiment fondée. Tous les juges de cour supérieure—qui ont également un pouvoir de contrôle sur d'autres tribunaux judiciaires et administratifs provinciaux—sont nommés et rémunérés par les autorités fédérales. Toutes les cours de justice sont sujettes à l'examen en dernier ressort de leurs décisions par la Cour suprême du Canada qui peut décider si les cours d'une province ont à bon droit exercé leur compétence dans une action et dans des circonstances où les cours d'une autre province devraient reconnaître ces jugements. En outre, les avocats canadiens observent tous le même code de déontologie.

Les tribunaux d'une province devraient «reconnaître totalement» les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou territoire, pourvu que ce tribunal ait correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action. L'ordre et la justice militent tous les deux en faveur de la sécurité des opérations. Il est anarchique et injuste qu'une personne puisse se soustraire à des obligations juridiques qui ont pris naissance dans une province simplement en déménageant dans une autre province.

Il faut cependant soupeser ces préoccupations en fonction de l'équité envers le défendeur. L'exercice de compétence par un tribunal dans une province et la reconnaissance de celle-ci dans une autre province doivent être considérés comme corrélatifs, et la reconnaissance dans les autres provinces devrait dépendre de ce que le tribunal qui a rendu jugement a «correctement» ou «convenablement» exercé sa compétence. Pareille solution peut satisfaire aux exigences de l'ordre et de l'équité de reconnaître un jugement rendu dans un ressort qui avait le plus de liens avec l'objet de l'action ou qui avait, à tout le moins, des liens substantiels avec lui. Mais cela n'est guère conforme aux principes d'ordre et d'équité que de permettre à quelqu'un d'intenter l'action dans un autre ressort sans tenir compte du lien que ce ressort peut avoir avec le défendeur ou l'objet de l'action. Si l'on veut que les tribunaux d'une province appliquent les jugements rendus dans une autre province, il doit y avoir

jurisdiction in one province, it is reasonable that the judgment be recognized in other provinces.

The approach of permitting suit where there is a real and substantial connection with the action provides a reasonable balance between the rights of the parties. It affords some protection against being pursued in jurisdictions having little or no connection with the transaction or the parties.

Here, the actions for the deficiencies properly took place in Alberta. The properties are situated there, and the contracts were entered into there by parties then resident in the province. Moreover, deficiency actions follow upon foreclosure proceedings, which should obviously take place in Alberta, and the action for the deficiencies cries out for consolidation with the foreclosure proceedings. There was a real and substantial connection between the damages suffered and the jurisdiction. Thus, the Alberta court properly had jurisdiction, and its judgment should be recognized and be enforceable in British Columbia.

The *Reciprocal Enforcement of Judgments Acts* in the various provinces were never intended to alter the rules of private international law. They simply provided for the registration of judgments as a more convenient procedure than by bringing an action to enforce a judgment given in another province. There is nothing to prevent a plaintiff from bringing such an action and thereby taking advantage of the rules of private international law as they may evolve over time.

Cases Cited

Referred to: *Comber v. Leyland*, [1898] A.C. 524; *Travers v. Holley*, [1953] 2 All E.R. 794; *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.), rev'g [1907] 1 K.B. 235; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Marcotte v. Megson* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 300; *Singh v. Rajah of Faridkote*, [1894] A.C. 670; *Becquet v. Mac Carthy* (1831), 2 B. & Ad. 951, 109 E.R. 1396; *Schibbsy v. Westenholz* (1870), L.R. 6 Q.B. 155; *Re Dulles' Settlement Trusts*, [1951] 2 All E.R. 69; *Harris v. Taylor*, [1915] 2 K.B. 580; *In re Trepca Mines Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1273; *Schemmer v. Property Resources Ltd.*, [1975] 1 Ch. 273; *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *New York v. Fitzgerald*, [1983] 5 W.W.R. 458; *Lung v. Lee* (1928), 63 O.L.R. 194; *Walsh v. Herman* (1908), 13 B.C.R. 314; *Marshall v. Houghton*, [1923] 2 W.W.R. 553; *Mattar v. Public Trustee* (1952), 5 W.W.R. (N.S.) 29; *Wedlay v. Quist* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 21; *Bank of Bermuda Ltd. v.*

certaines limites à l'exercice de la compétence à l'égard des personnes qui n'habitent pas la province. S'il est raisonnable de justifier l'exercice de la compétence dans une province, il est raisonnable que le jugement soit reconnu dans les autres provinces.

En adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties.

En l'espèce, les actions sur solde de créance ont été intentées à bon droit en Alberta. Les biens-fonds étaient situés en Alberta et les contrats y avaient été conclus par des parties qui résidaient dans cette province. En outre, l'action sur solde de créance fait suite aux procédures de foreclosure, qui devaient manifestement avoir lieu en Alberta, et cette action devrait être jointe aux procédures de foreclosure. Il existait un lien réel et substantiel entre le préjudice subi et le ressort. Ainsi, le tribunal albertain avait compétence à bon droit et son jugement devrait être reconnu et exécuté en Colombie-Britannique.

Les lois sur l'exécution réciproque des jugements des différentes provinces n'ont jamais visé à modifier les règles du droit international privé. Elles permettent simplement l'inscription des jugements comme procédure plus commode que celle qui consistait à intenter une action en exécution d'un jugement rendu dans une autre province. Rien n'empêche un demandeur d'intenter pareille action et de se prévaloir ainsi des règles du droit international privé telles qu'elles peuvent évoluer avec le temps.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Comber v. Leyland*, [1898] A.C. 524; *Travers v. Holley*, [1953] 2 All E.R. 794; *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.), inf. [1907] 1 K.B. 235; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Marcotte v. Megson* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 300; *Singh v. Rajah of Faridkote*, [1894] A.C. 670; *Becquet v. Mac Carthy* (1831), 2 B. & Ad. 951, 109 E.R. 1396; *Schibbsy v. Westenholz* (1870), L.R. 6 Q.B. 155; *Re Dulles' Settlement Trusts*, [1951] 2 All E.R. 69; *Harris v. Taylor*, [1915] 2 K.B. 580; *In re Trepca Mines Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1273; *Schemmer v. Property Resources Ltd.*, [1975] 1 Ch. 273; *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *New York v. Fitzgerald*, [1983] 5 W.W.R. 458; *Lung v. Lee* (1928), 63 O.L.R. 194; *Walsh v. Herman* (1908), 13 B.C.R. 314; *Marshall v. Houghton*, [1923] 2 W.W.R. 553; *Mattar v. Public Trustee* (1952), 5 W.W.R. (N.S.) 29; *Wedlay v. Quist* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 21; *Bank of Bermuda Ltd. v.*

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Kennedy, Gilbert D. "Reciprocity" in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of *Travers v. Holley*" (1954), 32 *Can. Bar Rev.* 359.
- Kennedy, Gilbert D. "Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 123.
- Sharpe, Robert J. *Interprovincial Product Liability Litigation*. Toronto: Butterworths, 1982.
- Sharpe, Robert J. "The Enforcement of Foreign Judgments". In M. A. Springman and Eric Gertner, eds., *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine*. Toronto: Butterworths, 1985.
- Swan, John. "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Statement of Principle". In M. A. Springman and Eric Gertner, eds., *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine*. Toronto: Butterworths, 1985.
- Swan, John. "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 271.
- Von Mehren, Arthur T. and Donald T. Trautman. "Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach" (1968), 81 *Harv. L. Rev.* 1601.
- Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 155, 29 C.P.C. (2d) 52, [1988] 5 W.W.R. 650, dismissing an appeal from a judgment of Boyd L.J.S.C. (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 262, [1988] 1 W.W.R. 87. Appeal dismissed.

Donald J. Livingstone, for the appellant.

Peter Reardon, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This appeal concerns the recognition to be given by the courts in one province to a judgment of the courts in another province in a personal action brought in the latter province at a time when the defendant did not live there. Specifically, the appeal deals with judgments granted in foreclosure proceedings for deficiencies on sale of mortgaged property.

- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
- Kennedy, Gilbert D. «Reciprocity» in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of *Travers v. Holley*» (1954), 32 *R. du B. can.* 359.
- ^a Kennedy, Gilbert D. «Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity» (1957), 35 *R. du B. can.* 123.
- Sharpe, Robert J. *Interprovincial Product Liability Litigation*. Toronto: Butterworths, 1982.
- ^b Sharpe, Robert J. «The Enforcement of Foreign Judgments». In M. A. Springman and Eric Gertner, eds., *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine*. Toronto: Butterworths, 1985.
- ^c Swan, John. «Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Statement of Principle». In M. A. Springman and Eric Gertner, eds., *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine*. Toronto: Butterworths, 1985.
- ^d Swan, John. «The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws» (1985), 63 *R. du B. can.* 271.
- Von Mehren, Arthur T. and Donald T. Trautman. «Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach» (1968), 81 *Harv. L. Rev.* 1601.
- ^e Yntema, Hessel E. «The Objectives of Private International Law» (1957), 35 *R. du B. can.* 721.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 155, 29 C.P.C. (2d) 52, [1988] 5 W.W.R. 650, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge local Boyd de la Cour suprême (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 262, [1988] 1 W.W.R. 87. Pourvoi rejeté.

^g *Donald J. Livingstone*, pour l'appellant.

Peter Reardon, pour les intimées.

^h Version française du jugement de la Cour rendu par

ⁱ LE JUGE LA FOREST—Dans le présent pourvoi, il s'agit de déterminer si les tribunaux d'une province doivent reconnaître un jugement rendu par les tribunaux d'une autre province sur une action personnelle intentée dans cette dernière à un moment où le défendeur n'y résidait pas. Plus précisément, le pourvoi porte sur les jugements rendus à la suite de procédures de forclusion pour le solde dû après la vente de biens-fonds hypothéqués.

Stutz, [1965] 2 O.R. 121; *Traders Group Ltd. v. Hopkins* (1968), 69 D.L.R. (2d) 250; *Batavia Times Publishing Co. v. Davis* (1977), 82 D.L.R. (3d) 247 (Ont. H.C.), aff'd (1979), 105 D.L.R. (3d) 192 (Ont. C.A.); *Eggleton v. Broadway Agencies Ltd.* (1981), 32 A.R. 61; *Weiner v. Singh* (1981), 22 C.P.C. 230; *Re Whalen and Neal* (1982), 31 C.P.C. 1; *North American Specialty Pipe Ltd. v. Magnum Sales Ltd.* (1985), 31 A.C.W.S. (2d) 320; *Archambault v. Solloway*, B.C.S.C., April 18, 1956, unreported; *Edward v. Edward Estate*, [1987] 5 W.W.R. 289; *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278; *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392; *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812); *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175; *Re Wismer and Javelin International Ltd.* (1982), 136 D.L.R. (3d) 647; *Re Mulronev and Coates* (1986), 27 D.L.R. (4th) 118; *Touche Ross Ltd. v. Sorrel Resources Ltd.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 184; *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Dupont v. Taronga Holdings Ltd.* (1986), 49 D.L.R. (4th) 335; *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *First City Capital Ltd. v. Winchester Computer Corp.*, [1987] 6 W.W.R. 212.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 6, 7.
Constitution Act, 1867, ss. 91(2), (29), 92(10), 121.
Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, c. 75, ss. 31(6), 40.

Authors Cited

Black, Vaughan. "Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada" (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547.
 Blom, Joost. "Conflict of Laws—Enforcement of Extra-provincial Default Judgment—Reciprocity of Jurisdiction: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 359.
 Castel, J.-G. "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada" (1971), 17 *McGill L.J.* 11.
 Edinger, Elizabeth. "Discretion in the Assumption and Exercise of Jurisdiction in British Columbia" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 1.

Stutz, [1965] 2 O.R. 121; *Traders Group Ltd. v. Hopkins* (1968), 69 D.L.R. (2d) 250; *Batavia Times Publishing Co. v. Davis* (1977), 82 D.L.R. (3d) 247 (H.C. Ont.), conf. (1979), 105 D.L.R. (3d) 192 (C.A. Ont.); *Eggleton v. Broadway Agencies Ltd.* (1981), 32 A.R. 61; *Weiner v. Singh* (1981), 22 C.P.C. 230; *Re Whalen and Neal* (1982), 31 C.P.C. 1; *North American Specialty Pipe Ltd. v. Magnum Sales Ltd.* (1985), 31 A.C.W.S. (2d) 320; *Archambault v. Solloway*, C.S.C.-B., 18 avril 1956, inédit; *Edward v. Edward Estate*, [1987] 5 W.W.R. 289; *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178; *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895); *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278; *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392; *The Schooner Exchange v. M'Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812); *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175; *Re Wismer and Javelin International Ltd.* (1982), 136 D.L.R. (3d) 647; *Re Mulronev and Coates* (1986), 27 D.L.R. (4th) 118; *Touche Ross Ltd. v. Sorrel Resources Ltd.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 184; *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477; *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Dupont c. Taronga Holdings Ltd.*, [1987] R.J.Q. 124; *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945); *First City Capital Ltd. v. Winchester Computer Corp.*, [1987] 6 W.W.R. 212.

f

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 6, 7.
Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, ch. 75, art. 31(6), 40.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), (29), 92(10), 121.

Doctrine citée

h Black, Vaughan. «Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada» (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547.
 Blom, Joost. «Conflict of Laws—Enforcement of Extra-provincial Default Judgment—Reciprocity of Jurisdiction: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*» (1989), 68 *R. du B. can.* 359.
 i Castel, J.-G. «Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada» (1971), 17 *R.D. McGill* 11.
 j Edinger, Elizabeth. «Discretion in the Assumption and Exercise of Jurisdiction in British Columbia» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 1.

Facts

The respondents, Morguard Investments Limited and Credit Foncier Trust Company, became mortgagees of lands in Alberta in 1978. The appellant, Douglas De Savoye, who then resided in Alberta, was originally guarantor but later took title to the lands and assumed the obligations of mortgagor. Shortly afterwards, he moved to British Columbia and has not resided or carried on business in Alberta since. The mortgages fell into default and the respondents brought action in Alberta. The appellant was served with process in the actions by double registered mail addressed to his home in British Columbia pursuant to orders for service by the Alberta court in accordance with its rules for service outside its jurisdiction. There are rules to the same effect in British Columbia.

The appellant took no steps to appear or to defend the action. There was no clause in the mortgages by which he agreed to submit to the jurisdiction of the Alberta court, and he did not attorn to its jurisdiction.

The respondents obtained judgments *nisi* in the foreclosure actions. At the expiry of the redemption period, they obtained "Rice Orders" against the appellant. Under these orders, a judicial sale of the mortgaged properties to the respondents took place and judgments were entered against the appellant for the deficiencies between the value of the property and the amount owing on the mortgages. The respondents then each commenced a separate action in the British Columbia Supreme Court to enforce the Alberta judgments for the deficiencies. Judgment was granted to the respondents by the Supreme Court in a decision which was upheld on appeal to the British Columbia Court of Appeal. The appellant then sought and was granted leave to appeal to this Court, [1989] 1 S.C.R. viii.

Les faits

Les intimées Morguard Investments Limited et Credit Foncier Trust Company sont devenues, en 1978, créancières hypothécaires de biens-fonds situés en Alberta. L'appellant Douglas De Savoye, qui résidait alors en Alberta, a commencé par être caution, mais il a plus tard acquis les biens-fonds et assumé les obligations du débiteur hypothécaire. Peu de temps après, il est allé vivre en Colombie-Britannique et n'a plus résidé ni fait affaires en Alberta depuis. Les créances hypothécaires n'ont pas été payées et les intimées ont intenté des actions en Alberta. Les actes de procédure de l'action ont été signifiés à l'appellant par courrier recommandé avec avis de réception adressé chez lui en Colombie-Britannique, conformément à des ordonnances de signification de la cour de l'Alberta rendues en vertu de ses règles relatives à la signification hors du ressort. Il existe des règles dans le même sens en Colombie-Britannique.

L'appellant n'a pris aucune disposition pour comparaître ou produire une défense à l'action. Dans les actes d'hypothèque, il n'y avait pas de clause dans laquelle il acceptait de se soumettre à la compétence de la cour de l'Alberta et il n'a pas reconnu sa compétence.

Les intimées ont obtenu des jugements conditionnels dans les actions en forclusion. À l'expiration de la période de rachat, elles ont obtenu des ordonnances de type Rice contre l'appellant. En vertu des ces ordonnances, il y a eu vente en justice aux intimées des biens-fonds hypothéqués et inscription de jugements contre l'appellant pour le montant des créances hypothécaires dépassant la valeur des biens-fonds. Les intimées ont ensuite l'une et l'autre intenté une action distincte en Cour suprême de la Colombie-Britannique pour faire exécuter les jugements obtenus en Alberta pour le solde de la créance. La Cour suprême a rendu jugement en faveur des intimées et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé ce jugement. L'appellant a demandé et reçu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour, [1989] 1 R.C.S. viii.

The Judgments Below*Supreme Court of British Columbia*

The appellant argued that the respondents were not entitled to enforce the Alberta judgments because he had never attorned to the jurisdiction of the Alberta court. The chambers judge, Boyd L.J.S.C., noted that the Alberta court clearly had jurisdiction over the subject properties and the foreclosure proceedings. Nothing in the material, she noted, indicated that in granting orders for substitutional service upon the appellant, the Alberta court improperly exercised its discretion to assume jurisdiction, or that any other court would have been a more convenient forum in which to adjudicate the matter. She, therefore, concluded that the Alberta court had jurisdiction to make the orders in question. The judge then reviewed the substance of the orders and ordered that the respondents were entitled to judgment for the deficiencies: (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 262, [1988] 1 W.W.R. 87.

Court of Appeal

The Court of Appeal, in reasons given by Seaton J.A., dismissed the appeal: (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 155, [1988] 5 W.W.R. 650, 29 C.P.C. (2d) 52. In its view, the Alberta default judgments could be enforced on the basis of reciprocity, more specifically reciprocity of jurisdictional practice in the two provinces. A British Columbia court, it held, should recognize an Alberta judgment if the Alberta court took jurisdiction in circumstances in which, if the facts were transposed to British Columbia, the courts of British Columbia would have taken jurisdiction as well.

In reviewing the question of the jurisdiction of the Alberta court, Seaton J.A. concluded that the Alberta judgments for the deficiency on the mortgage loans were enforceable by action in British Columbia because British Columbia's own courts, faced with a similar case, would have exercised jurisdiction under the British Columbia Rules of Court authorizing service *ex juris* without leave. He noted that such grounds for exercising jurisdic-

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure*La Cour suprême de la Colombie-Britannique*

L'appelant a soutenu que les intimées n'avaient pas le droit de faire exécuter les jugements de l'Alberta parce qu'il n'avait jamais reconnu la compétence de la cour de l'Alberta. Le juge en chambre Boyd, juge local de la Cour suprême, a indiqué que la cour de l'Alberta avait manifestement compétence sur les biens-fonds en cause et sur les procédures de forclusion. Rien dans le dossier, selon elle, n'indique qu'en accordant les ordonnances de signification indirecte à l'appelant la cour de l'Alberta ait mal exercé le pouvoir discrétionnaire qu'elle possédait de décider qu'elle était compétente ou qu'un autre tribunal aurait été plus indiqué pour juger la question. Elle a donc conclu que la cour de l'Alberta avait compétence pour rendre les ordonnances en cause. Le juge a ensuite examiné le fond des ordonnances et statué que les intimées avaient droit à un jugement pour le solde des créances: (1987), 18 B.C.L.R. (2d) 262, [1988] 1 W.W.R. 87.

La Cour d'appel

La Cour d'appel a rejeté l'appel dans des motifs rédigés par le juge Seaton: (1988), 27 B.C.L.R. (2d) 155, [1988] 5 W.W.R. 650, 29 C.P.C. (2d) 52. Selon elle, il était possible d'exécuter les jugements par défaut de l'Alberta en vertu du principe de la réciprocité, plus précisément la réciprocité de l'exercice de la compétence dans les deux provinces. La Cour d'appel a statué qu'une cour de la Colombie-Britannique devrait reconnaître un jugement de l'Alberta si la cour de l'Alberta est compétente dans des circonstances où, si les faits s'étaient produits en Colombie-Britannique, la cour de la Colombie-Britannique aurait elle aussi été compétente.

En examinant le sujet de la compétence de la cour de l'Alberta, le juge Seaton a conclu que les jugements de l'Alberta relatifs au solde des prêts hypothécaires étaient exécutoires par action en Colombie-Britannique parce que les tribunaux de la Colombie-Britannique, dans un cas semblable, auraient exercé le pouvoir qu'ils ont en vertu des Règles de pratique de la Colombie-Britannique de permettre la signification hors du ressort sans

tion over a defendant resident outside the province were long established in English and Canadian law. He referred to *Comber v. Leyland*, [1898] A.C. 524 (H.L.), which held, at p. 527, that:

... where the parties have agreed that something is to be done in this country, some part of the subject-matter of the contract is to be executed within this country, it is a sort of consent of the parties that wherever they may be living, or wherever the contract may have been made, that question may be litigated in this country.

In Seaton J.A.'s view, this reasoning led logically to the assumption of jurisdiction, and reciprocally to the recognition by other courts. In this context, he cited *Travers v. Holley*, [1953] 2 All E.R. 794, where the English Court of Appeal had recognized a divorce decree granted in New South Wales on the ground that the English courts would in similar circumstances have exercised jurisdiction in the same way. If that reasoning were to be applied to courts of other provinces, judgments of other provinces should be enforced if the British Columbia courts exercise similar jurisdiction.

Seaton J.A. acknowledged, however, that this view has not prevailed in judgments *in personam* in which class the judgments concerned here fell. However, he noted that the leading case on the point, *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.), had been decided at the beginning of the century when travel from one country to another was impractical (in that case between Western Australia and England). As well, he observed, there was then an unstated assumption that the administration of justice in other countries was inferior.

Considerations such as these, Seaton J.A. stated, had no application to the situation here. He favoured acknowledging a difference between foreign judgments and judgments in other provinces, and he observed that such a difference had been accepted for certain purposes, such as in determin-

autorisation. Le juge signale que ces motifs d'exercer cette compétence à l'égard d'un défendeur qui réside hors de la province sont reconnus depuis longtemps en droit anglais et canadien. Il mentionne l'arrêt *Comber v. Leyland*, [1898] A.C. 524 (H.L.), dans lequel on a statué, à la p. 527:

[TRADUCTION] ... lorsque les parties ont convenu que quelque chose sera fait au pays, qu'une partie quelconque de l'objet du contrat sera exécutée au pays, il y a une sorte de consentement de la part des parties, quel que soit l'endroit où elles habitent, où celui où le contrat est intervenu, à ce que la question soit jugée par les tribunaux du pays.

De l'avis du juge Seaton, ce raisonnement amène logiquement le tribunal à se déclarer compétent et, réciproquement, à reconnaître la compétence des autres tribunaux. Dans ce contexte, il cite l'arrêt *Travers v. Holley*, [1953] 2 All E.R. 794, dans lequel la Cour d'appel d'Angleterre a reconnu un jugement de divorce prononcé en Nouvelle-Galles du Sud pour le motif que les tribunaux anglais auraient, dans des circonstances semblables, exercé leur compétence de la même manière. Si le même raisonnement s'applique aux tribunaux des autres provinces, l'exécution des jugements des autres provinces doit avoir lieu si les tribunaux de la Colombie-Britannique exercent une compétence similaire.

Le juge Seaton reconnaît cependant que ce point de vue n'a pas prévalu dans les jugements *in personam* qui constituent la catégorie dans laquelle se situent les jugements en cause en l'espèce. Cependant, il signale que l'arrêt de principe en la matière, *Emanuel v. Symon*, [1908] 1 K.B. 302 (C.A.), a été rendu au début du siècle alors que les déplacements d'un pays à l'autre étaient difficiles (dans ce cas-là, entre l'Australie-Occidentale et l'Angleterre). Il fait remarquer aussi qu'il y avait à l'époque une présomption tacite que l'administration de la justice à l'étranger laissait à désirer.

Des considérations de ce genre, dit le juge Seaton, ne s'appliquent pas à l'espèce. Il préfère reconnaître une différence entre les jugements étrangers et ceux des autres provinces, faisant remarquer que cette différence avait été acceptée à certaines fins, comme pour déterminer les facteurs

ing the factors to be taken into account in deciding whether to grant a *Mareva* injunction prohibiting the transfer of goods to a place outside the court's jurisdiction; see *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2, at p. 35. He also drew support from the fact that all superior court judges are appointed, paid and removed by the same government, and that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* applies throughout Canada. He further referred to the Australian Constitution which provides for recognition by each state of judgments of other states in the Commonwealth.

He then reviewed the British Columbia decisions which had followed the English position, but found none that was binding and preferred the view of "reciprocal" recognition of judgments proposed in certain periodical writings (see Gilbert D. Kennedy, "Reciprocity" in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of *Travers v. Holley*" (1954), 32 *Can. Bar Rev.* 359; Gilbert D. Kennedy, "Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 123; J.-G. Castel, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada" (1971), 17 *McGill L.J.* 11). He then referred to and followed the judgment of Gow Co. Ct. J. (as he then was) in *Marcotte v. Megson* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 300, which had accepted the jurisdictional reciprocity approach for judgments *in personam*.

The Issue

No one denies the Alberta court's jurisdiction to entertain the actions and enforce them there if it can. It would be surprising if they did. They concern transactions entered into in Alberta by individuals who were resident in Alberta at the time of the transactions and involve land situate in that province. Though the defendant appellant was outside Alberta at the time the actions were brought and judgment given, the Alberta rules for service outside the jurisdiction permitted him to be served in British Columbia. These rules are similar to those in other provinces, and specifically British Columbia. The validity of such rules does not

à prendre en compte pour décider s'il fallait accorder une injonction de type *Mareva* qui interdit le transfert de biens hors du ressort du tribunal; voir *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, à la p. 35. Il se fonde aussi sur le fait que tous les juges de cour supérieure sont nommés, payés et destitués par le même gouvernement, et que la *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique partout au Canada. Il mentionne de plus la Constitution australienne qui prévoit la reconnaissance par chaque État des jugements des autres États du Commonwealth.

Il analyse ensuite les décisions de la Colombie-Britannique qui ont suivi la position anglaise, mais n'en a trouvé aucune qui ait force obligatoire et il a opté pour la conception de la reconnaissance «réciproque» des jugements proposée dans certains articles de publications périodiques (voir Gilbert D. Kennedy, «Reciprocity» in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of *Travers v. Holley*» (1954), 32 *R. du B. can.* 359; Gilbert D. Kennedy, «Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity» (1957), 35 *R. du B. can.* 123; J.-G. Castel, «Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada» (1971), 17 *R.D. McGill* 11). Il mentionne alors et suit la décision du juge Gow (alors de la Cour de comté) *Marcotte v. Megson* (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 300, qui avait accepté la méthode de la réciprocité de compétence pour les jugements *in personam*.

La question en litige

Personne ne conteste la compétence qu'a le tribunal de l'Alberta pour instruire les actions et les mettre à exécution dans cette province s'il le peut. Il serait surprenant que quelqu'un le fasse. Les actions portent sur des opérations conclues en Alberta par des personnes qui y résidaient à l'époque et visent des biens-fonds situés dans cette province. Même si le défendeur appelant n'habitait plus l'Alberta au moment de l'introduction des actions, ni au moment du jugement, les règles de l'Alberta relatives à la signification hors du ressort permettaient de lui signifier les procédures en Colombie-Britannique. Ces règles sont semblables

appear to have been subjected to much questioning, a matter to which I shall, however, return.

The issue, then, as already mentioned, is simply whether a personal judgment validly given in Alberta against an absent defendant may be enforced in British Columbia where he now resides.

The English Background

The law on the matter has remained remarkably constant for many years. It originated in England during the 19th century and, while it has been subjected to considerable refinement, its general structure has not substantially changed. The two cases most commonly relied on, *Singh v. Rajah of Faridkote*, [1894] A.C. 670 (P.C.), and *Emanuel v. Symon*, *supra*, date from the turn of the century. I shall confine myself to a discussion of the latter because it is the more frequently cited.

In *Symon*, the defendant, while residing and carrying on business in Western Australia, entered into a partnership in 1895 for the working of a gold mine situated in the colony and owned by the partnership. He later ceased to carry on business there and moved permanently to England in 1899. Two years later, other members of the partnership brought an action in the colony for the dissolution of the partnership, sale of the mine, and an accounting. The writ was served on the defendant in England, but he took no step to defend the action. The colonial court decreed a dissolution of the partnership and sale of the mine, and in taking the accounts found a sum due from the partnership. The plaintiffs paid the sum and brought action in England to recover the portion which they alleged was owed by the defendant. Channell J. gave judgment for the plaintiffs, [1907] 1 K.B. 235, but a unanimous Court of Appeal reversed the judgment.

Buckley L.J.'s summary of the law in that case bears a remarkable resemblance to a Code and has

à celles d'autres provinces, plus précisément à celles de la Colombie-Britannique. La validité de ces règles ne semble pas avoir fait l'objet de beaucoup de contestation, mais je reviendrai sur le sujet plus loin.

La question en litige est donc de savoir, comme je l'ai déjà dit, si un jugement sur une action personnelle validement rendu en Alberta contre un défendeur qui n'a pas comparu peut être exécuté en Colombie-Britannique où il réside actuellement.

La jurisprudence anglaise

Le droit sur cette question est demeuré remarquablement constant pendant de nombreuses années. Il a sa source en Angleterre, au XIX^e siècle, et même s'il a fait l'objet d'un certain nombre de précisions, sa structure générale n'a pas profondément changé. Les deux arrêts les plus souvent invoqués, *Singh v. Rajah of Faridkote*, [1894] A.C. 670 (C.P.), et *Emanuel v. Symon*, précité, datent de la fin du siècle dernier. Je me bornerai à commenter le dernier arrêt parce qu'il est le plus fréquemment cité.

Dans l'arrêt *Symon*, pendant qu'il résidait et faisait des affaires en Australie-Occidentale, le défendeur avait formé une société en 1895 pour l'exploitation d'une mine d'or située dans la colonie et dont la société était propriétaire. Il a par la suite cessé de faire des affaires dans cette colonie et est allé résider de façon permanente en Angleterre en 1899. Deux ans plus tard, les autres sociétaires ont intenté une action dans la colonie pour faire dissoudre la société, vendre la mine et obtenir une reddition de comptes. Le bref a été signifié au défendeur en Angleterre, mais celui-ci n'a pris aucune mesure pour produire une défense à l'action. La cour de la colonie a ordonné la dissolution de la société et la vente de la mine et, après la reddition de comptes, a constaté une dette de la société. Les demandeurs ont versé la somme et intenté une action en Angleterre pour recouvrer la part qu'ils alléguaient due par le défendeur. Le juge Channell a accueilli l'action des demandeurs, [1907] 1 K.B. 235, mais la Cour d'appel, à l'unanimité, a infirmé le jugement.

Le résumé du droit que le lord juge Buckley fait dans cet arrêt ressemble remarquablement à un

been cited repeatedly ever since. He stated, at p. 309:

In actions in personam there are five cases in which the Courts of this country will enforce a foreign judgment: (1.) Where the defendant is a subject of the foreign country in which the judgment has been obtained; (2.) where he was resident in the foreign country when the action began; (3.) where the defendant in the character of plaintiff has selected the forum in which he is afterwards sued; (4.) where he has voluntarily appeared; and (5.) where he has contracted to submit himself to the forum in which the judgment was obtained.

Though the first of these propositions may now be open to doubt (see Robert J. Sharpe, "The Enforcement of Foreign Judgments", in M. A. Springman and E. Gertner, eds., *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine* (1985), 641, at p. 645), Buckley L.J.'s statement of the law, with one qualification to be noted, otherwise accurately represents the common law in England to this day.

There had been some earlier attempts to extend the law to a situation relevant to this appeal. Thus from *Becquet v. Mac Carthy* (1831), 2 B. & Ad. 951, 109 E.R. 1396, it might have appeared that a sixth class might have been added to Buckley L.J.'s list, namely, "where the defendant has real estate within the foreign jurisdiction, in respect of which the cause of action arose whilst he was within that jurisdiction". But that case was ultimately explained on the basis that the defendant there was the holder of a public office in the place where the judgment was obtained and so "constructively present" there at the time of the judgment; see *Symon, supra*, at pp. 310-11. One might also have been permitted to speculate that one who enters into a contract while residing in a given jurisdiction consents to the jurisdiction of the courts there as Blackburn J. seemed prepared to do in *Schibsby v. Westenholz* (1870), L.R. 6 Q.B. 155, at p. 161, but this possibility too was scotched in *Symon*; see *per* Lord Alverstone C.J., at p. 308.

code et il a été cité à maintes reprises depuis. Il dit à la p. 309:

[TRADUCTION] Dans les actions in personam, il existe cinq cas dans lesquels les tribunaux judiciaires d'un pays exécutent un jugement étranger: (1.) lorsque le défendeur est citoyen du pays étranger où le jugement a été obtenu, (2.) lorsqu'il résidait dans ce pays étranger lors de l'introduction de l'action, (3.) lorsque le défendeur, en qualité de demandeur, a choisi le tribunal devant lequel il est par la suite poursuivi, (4.) lorsqu'il a comparu volontairement, et (5.) lorsqu'il s'est engagé par contrat à se soumettre au tribunal auprès duquel le jugement a été obtenu.

Bien que la première de ces propositions puisse maintenant être contestable (voir Robert J. Sharpe, «The Enforcement of Foreign Judgments», dans M. A. Springman et E. Gertner, éd., *Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine* (1985), 641, à la p. 645), l'énoncé du droit du lord juge Buckley, sous réserve d'une exception à noter, correspond par ailleurs à l'état de la common law d'Angleterre à ce jour.

Il y a déjà eu quelques tentatives d'étendre le droit à la situation pertinente en l'espèce. Ainsi, d'après l'arrêt *Becquet v. Mac Carthy* (1831), 2 B. & Ad. 951, 109 E.R. 1396, il aurait pu sembler qu'une sixième catégorie aurait pu être ajoutée à la liste du lord juge Buckley, c'est-à-dire [TRADUCTION] «lorsque le défendeur possède un bien-fonds dans le ressort étranger, à l'égard duquel la cause d'action a pris naissance pendant qu'il s'y trouvait». Mais cette affaire a finalement été expliquée par le fait que le défendeur dans ce cas était titulaire d'une fonction publique dans le ressort où le jugement avait été obtenu et en conséquence [TRADUCTION] «présent par interprétation» au moment du prononcé du jugement; voir l'arrêt *Symon*, précité, aux pp. 310 et 311. On aurait aussi pu se demander si quelqu'un qui s'engage par contrat alors qu'il réside dans un ressort donné consent à être soumis à la compétence des tribunaux de cet endroit comme le juge Blackburn a paru disposé à le faire dans l'arrêt *Schibsby v. Westenholz* (1870), L.R. 6 Q.B. 155, à la p. 161, mais cette possibilité a été écartée dans l'arrêt *Symon*; voir les motifs du lord juge en chef Alverstone, à la p. 308.

Until the 1950s, then, the various circumstances identified by Buckley L.J. in *Symon* exhausted the possible cases in which a foreign judgment would be recognized in England. A change came, however, with the case of *Travers v. Holley*, *supra*, in 1953. There the English Court of Appeal had to consider whether they should recognize a divorce granted to a wife in New South Wales pursuant to a statute giving the New South Wales court jurisdiction to grant a divorce to a wife who was domiciled there at the time she was deserted by her husband, even though her husband had later acquired another domicile. A similar statute existed in England, and on this ground of reciprocal jurisdiction the Court of Appeal held that it should grant jurisdiction. As Hodson L.J. put it, at p. 800:

... where it is found that the municipal law is not peculiar to the forum of one country, but corresponds with a law of a second country, such municipal law cannot be said to trench on the interests of that other country. I would say that where, as here, there is in substance reciprocity, it would be contrary to principle and inconsistent with comity if the courts of this country were to refuse to recognise a jurisdiction which *mutatis mutandis* they claim for themselves.

See also Somervell L.J., at p. 797.

It should be noted that England also has a rule of court (R.S.C. Ord. 11) that, like the rule under which Alberta exercised jurisdiction over the defendant here, permits the courts to assume jurisdiction over non-residents by service where he or she resides. This gives rise to the question whether, on the ground of jurisdictional reciprocity set forth in *Travers v. Holley*, the courts should recognize judgments of a foreign court which has exercised jurisdiction under a similar rule. Encouragement for this approach could be found in *dicta* by Denning L.J. in the earlier case of *Re Dulles' Settlement Trusts*, [1951] 2 All E.R. 69 (C.A.). At issue there was whether the English courts had jurisdiction to order a father, an American living outside the jurisdiction, to pay maintenance to a child. In discussing the case of *Harris v. Taylor*,

Donc, jusque dans les années cinquante, les diverses circonstances identifiées par le lord juge Buckley dans l'arrêt *Symon* épuisaient la liste de cas où un jugement étranger pourrait être reconnu en Angleterre. Toutefois, l'arrêt *Travers v. Holley*, précité, a apporté un changement en 1953. Dans cette affaire, la Cour d'appel d'Angleterre avait à déterminer si elle devrait reconnaître un divorce accordé à une femme en Nouvelle-Galles du Sud en vertu d'une loi qui conférerait aux tribunaux de la Nouvelle-Galles du Sud compétence pour accorder le divorce à une femme qui y était domiciliée au moment où elle avait été abandonnée par son mari, même si le mari avait changé de domicile par la suite. Il existait une loi semblable en Angleterre et, pour ce motif de réciprocité de compétence, la Cour d'appel a conclu qu'elle devrait accorder compétence. Comme le lord juge Hodson l'affirme, à la p. 800:

[TRADUCTION] ... lorsque l'on constate que le droit interne n'est pas limité à un ressort, mais correspond à celui d'un autre ressort, on ne saurait dire que ce droit interne empiète sur les intérêts de cet autre ressort. Je dirais que lorsqu'il y a, comme en l'espèce, réciprocité sur le fond, il serait contraire aux principes et incompatible avec la courtoisie que les tribunaux de notre pays refusent de reconnaître la compétence qu'ils réclament *mutatis mutandis* pour eux-mêmes.

Voir aussi les motifs du lord juge Somervell, à la p. 797.

Il y a lieu d'observer que l'Angleterre a elle aussi une règle de pratique (R.S.C. Ord. 11) qui, à l'instar de celle qui a permis à l'Alberta d'exercer sa compétence sur le défendeur en l'espèce, permet aux tribunaux d'exercer leur compétence sur ceux qui n'y résident pas en leur signifiant les procédures à leur lieu de résidence. Cette situation soulève la question de savoir si les tribunaux devraient, en vertu du principe de la réciprocité de compétence invoquée dans l'arrêt *Travers v. Holley*, reconnaître les jugements d'un tribunal étranger qui a exercé sa compétence en vertu d'une règle semblable. On peut voir une incitation à le faire dans l'opinion incidente qu'a formulée le lord juge Denning dans l'arrêt antérieur *Re Dulles' Settlement Trusts*, [1951] 2 All E.R. 69 (C.A.). Dans cette affaire, il fallait décider si les tribunaux anglais

[1915] 2 K.B. 580 (C.A.), Denning L.J. had this to say, at pp. 72-73:

The defendant was not in the island, but the Manx court gave leave to serve him out of the jurisdiction of the Manx court on the ground that the cause of action was founded on a tort committed within their jurisdiction. The defendant entered a conditional appearance in the Manx court and took the point that the cause of action had not arisen within the Manx jurisdiction. That point depended on the facts of the case, and it was decided against him, whence it followed that he was properly served out of the Manx jurisdiction in accordance with the rules of the Manx court. Those rules correspond with the English rules for service out of the jurisdiction contained in R.S.C., Ord. 11, and I do not doubt that our courts would recognise a judgment properly obtained in the Manx courts for a tort committed there whether the defendant voluntarily submitted to the jurisdiction or not, just as we would expect the Manx courts in a converse case to recognise a judgment obtained in our courts against a resident in the Isle of Man on his being properly served out of our jurisdiction for a tort committed here. [Emphasis added.]

This possibility of further extending the categories in the *Symon* case was, however, firmly rejected in *In re Treпча Mines Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1273 (C.A.), where the court stated that *Travers v. Holley* was limited to a judgment *in rem* in a matter affecting marital status, and that it was unwilling to take the step suggested by Denning L.J. in the *Dulles* case. In short, the English authorities afford no basis for extending the approach in *Travers v. Holley* to a personal obligation such as that existing in the present case; see also *Schemmer v. Property Resources Ltd.*, [1975] 1 Ch. 273.

Before concluding this review of the English background, I should make reference to *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33, in which the House of Lords found another technique for going beyond the strict categories in *Symon*. In that case, their Lordships held that the English courts would recognize a divorce decree granted in a foreign

avaient compétence pour ordonner à un père, un Américain habitant hors du ressort, de payer des aliments à son enfant. Analysant l'arrêt *Harris v. Taylor*, [1915] 2 K.B. 580 (C.A.), le lord juge Denning dit ceci, aux pp. 72 et 73:

[TRADUCTION] Le défendeur n'habitait pas l'île, mais la cour du Man a permis que signification lui soit faite hors du ressort de la cour du Man pour le motif que la cause d'action résidait dans un délit civil commis dans son ressort. Le défendeur a produit un acte de comparution conditionnelle devant la cour du Man et a soutenu que la cause d'action ne s'était pas produite dans le ressort du Man. Cette question dépendait des faits de l'espèce et elle a été tranchée à sa défaveur de sorte qu'il a régulièrement reçu signification hors du ressort du Man conformément aux règles de pratique de la cour du Man. Ces règles sont semblables aux règles anglaises relatives à la signification hors du ressort du tribunal contenues à R.S.C., Ord. 11, et je ne doute pas que nos tribunaux reconnaîtraient un jugement régulièrement obtenu devant les tribunaux du Man pour un délit civil qui y a été commis que le défendeur reconnaisse volontairement ou non la compétence du tribunal, tout comme on s'attendrait à ce que les tribunaux du Man, dans une situation inverse, reconnaissent un jugement obtenu devant nos tribunaux contre un résident de l'île du Man qui aurait régulièrement reçu signification hors de notre ressort pour un délit civil commis ici. [Je souligne.]

Cette possibilité d'augmenter le nombre des catégories établies dans l'arrêt *Symon* a été carrément rejetée dans l'arrêt *In re Treпча Mines Ltd.*, [1960] 1 W.L.R. 1273 (C.A.), dans lequel la cour a affirmé que l'arrêt *Travers v. Holley* se limitait à un jugement *in rem* sur une question touchant l'état matrimonial et qu'elle refusait de prendre la mesure proposée par le lord juge Denning dans l'arrêt *Dulles*. En bref, la jurisprudence anglaise ne permet pas d'étendre la méthode de l'arrêt *Travers v. Holley* à une obligation personnelle comme celle de l'espèce; voir aussi *Schemmer v. Property Resources Ltd.*, [1975] 1 Ch. 273.

Avant de terminer cette analyse des précédents anglais, je citerai l'arrêt *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33, dans lequel la Chambre des lords a trouvé une autre façon d'aller au-delà des catégories strictes établies en vertu de l'arrêt *Symon*. Dans cette affaire, leurs Seigneuries ont statué que les tribunaux anglais reconnaîtraient un jugement

country to a wife resident there though her husband was then domiciled in England. In the course of his remarks, Lord Wilberforce had this to say, at p. 105:

In my opinion, it would be in accordance with the developments I have mentioned and with the trend of legislation—mainly our own but also that of other countries with similar social systems—to recognize divorces given to wives by the courts of their residence wherever a real and substantial connexion is shown between the petitioner and the country, or territory, exercising jurisdiction.

It should be observed, however, that this case, too, involved matrimonial status and did not extend to an action *in personam*; see *New York v. Fitzgerald*, [1983] 5 W.W.R. 458 (B.C.S.C.), *per Sheppard L.J.S.C.*

The Canadian Background

In Canada, the courts have until recent years unanimously accepted the authority of *Emanuel v. Symon*, *supra*, in dealing with the recognition of foreign judgments; see, for example, *New York v. Fitzgerald*. This was, of course, inevitable so far as foreign judgments were concerned until 1949 when appeals to the Privy Council were abolished. But, the approach was not confined to foreign judgments. It was extended to judgments of other provinces, which for the purposes of the rules of private international law are considered "foreign" countries; see, for example, *Lung v. Lee* (1928), 63 O.L.R. 194 (C.A.). There is thus a plethora of cases throughout Canada where two persons have entered into a contract in one province, frequently when both were resident there at the time, but the plaintiff has found it impossible to enforce a judgment given in that province because the defendant had moved to another province when the action was brought. These cases include: *Walsh v. Herman* (1908), 13 B.C.R. 314 (B.C.S.C. (Full Court)); *Marshall v. Houghton*, [1923] 2 W.W.R. 553 (Man. C.A.); *Mattar v. Public Trustee* (1952), 5 W.W.R. (N.S.) 29 (Alta. S.C., App. Div.); *Wedlay v. Quist* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 21 (Alta. S.C., App. Div.); *Bank of Bermuda Ltd. v. Stutz*, [1965] 2 O.R. 121 (H.C.); *Traders Group Ltd. v. Hopkins* (1968), 69 D.L.R. (2d) 250

de divorce prononcé dans un pays étranger en faveur d'une femme qui y habite même si son mari habitait alors en Angleterre. Dans ses observations, lord Wilberforce dit ceci, à la p. 105:

^a [TRADUCTION] À mon avis, il serait conforme à l'évolution que j'ai mentionnée et à la tendance des dispositions législatives—principalement à la tendance chez-nous, mais aussi à celle des autres pays qui ont des systèmes sociaux semblables—de reconnaître les divorces prononcés en faveur des femmes par les tribunaux de leur lieu de résidence chaque fois qu'il y a preuve d'un lien réel et substantiel entre le requérant et le pays ou le territoire qui exerce sa compétence.

^c Il faut toutefois souligner que cette affaire portait aussi sur l'état matrimonial et ne s'appliquait pas à une action *in personam*; voir *New York v. Fitzgerald*, [1983] 5 W.W.R. 458 (C.S.C.-B.), le juge local Sheppard de la Cour suprême.

La jurisprudence canadienne

Au Canada, les tribunaux ont jusqu'à ces dernières années unanimement accepté que l'arrêt *Emanuel v. Symon*, précité, fait autorité au sujet de la reconnaissance des jugements étrangers; voir, par exemple, l'arrêt *New York v. Fitzgerald*. Cette situation était évidemment inévitable à l'égard des jugements étrangers jusqu'en 1949, alors que les appels au Conseil privé ont été abolis. Cependant, cette façon de voir ne se limitait pas aux jugements étrangers. Elle s'appliquait aux jugements des autres provinces qui, aux fins de l'application des règles de droit international privé, sont considérées comme des pays «étrangers»: voir, par exemple, l'arrêt *Lung v. Lee* (1928), 63 O.L.R. 194 (C.A.). Il y a donc une surabondance de cas partout au Canada dans lesquels deux personnes ont conclu un contrat dans une province, souvent au moment où les deux y résidaient, mais où le demandeur s'est trouvé dans l'impossibilité de faire exécuter un jugement rendu dans cette province parce que le défendeur était allé habiter dans une autre province au moment où l'action a été intentée. Ces instances comprennent: *Walsh v. Herman* (1908), 13 B.C.R. 314 (C.S.C.-B. (la cour siégeant au complet)); *Marshall v. Houghton*, [1923] 2 W.W.R. 553 (C.A. Man.); *Mattar v. Public Trustee* (1952), 5 W.W.R. (N.S.) 29 (C.S. Alb., Div. app.); *Wedlay v. Quist* (1953), 10 W.W.R. (N.S.)

(N.W.T. Terr. Ct.); *Batavia Times Publishing Co. v. Davis* (1977), 82 D.L.R. (3d) 247 (Ont. H.C.), aff'd (1979), 105 D.L.R. (3d) 192 (Ont. C.A.); *Eggleton v. Broadway Agencies Ltd.* (1981), 32 A.R. 61 (Alta. Q.B.); *Weiner v. Singh* (1981), 22 C.P.C. 230 (B.C. Co. Ct.); *Re Whalen and Neal* (1982), 31 C.P.C. 1 (N.B.Q.B.); *North American Specialty Pipe Ltd. v. Magnum Sales Ltd.*, B.C.S.C., No. C841410, February 11, 1985 (summarized in (1985), 31 A.C.W.S. (2d) 320). Essentially, then, recognition by the courts of one province of a personal judgment against a defendant given in another province is dependant on the defendant's presence at the time of the action in the province where the judgment was given, unless the defendant in some way submits to the jurisdiction of the court giving the judgment.

Soon after the decision in *Travers v. Holley*, *supra*, however, Professor Kennedy began to argue for the extension of the "reciprocity" approach adopted in that case to personal actions, at least in the case of judgments given in other provinces; see "Reciprocity" in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of *Travers v. Holley*", op. cit. An unreported British Columbia case, *Archambault v. Solloway*, B.C.S.C., April 18, 1956, prompted a further article from his pen: "Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity", op. cit. In *Archambault*, Wilson J. of the British Columbia Supreme Court had found the jurisdictional reciprocity approach "highly persuasive" and failed to apply it solely because Quebec (where the judgment sought to be enforced had been given) only gave effect to a foreign judgment after an enquiry on its merits. It was, therefore, not comparable to the effect given to foreign judgments in cases where these are recognized in common law provinces. Subsequently, Professor Castel joined Kennedy in arguing for the adoption of the reciprocity approach; see Castel, op. cit. "There does not", he stated, "seem

21 (C.S. Alb., Div. app.); *Bank of Bermuda Ltd. v. Stutz*, [1965] 2 O.R. 121 (H.C.); *Traders Group Ltd. v. Hopkins* (1968), 69 D.L.R. (2d) 250 (C. terr. T.N.-O.); *Batavia Times Publishing Co. v. Davis* (1977), 82 D.L.R. (3d) 247 (H.C. Ont.), conf. (1979), 105 D.L.R. (3d) 192 (C.A. Ont.); *Eggleton v. Broadway Agencies Ltd.* (1981), 32 A.R. 61 (B.R. Alb.); *Weiner v. Singh* (1981), 22 C.P.C. 230 (C. cté. C.-B.); *Re Whalen and Neal* (1982), 31 C.P.C. 1 (B.R.N.-B.); *North American Specialty Pipe Ltd. v. Magnum Sales Ltd.*, C.S.C.-B., n° C841410, 11 février 1985 (résumé dans (1985), 31 A.C.W.S. (2d) 320). Donc, essentiellement, pour que les tribunaux d'une province reconnaissent un jugement sur une action personnelle rendu contre un défendeur dans une autre province, il faut que le défendeur ait été présent à l'époque où l'action a été intentée dans la province où le jugement a été rendu, à moins que le défendeur se soumette d'une façon ou d'une autre à la compétence de la cour qui rend jugement.

Peu après l'arrêt *Travers v. Holley*, précité, le professeur Kennedy a commencé à préconiser l'application de la méthode de la «réciprocité», adoptée dans cette affaire, aux actions personnelles, au moins dans le cas des jugements rendus dans une autre province; voir «Reciprocity» in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of *Travers v. Holley*», *loc. cit.* Un jugement inédit de la Colombie-Britannique, *Archambault v. Solloway*, C.S.C.-B., 18 avril 1956, l'a incité à écrire un autre article: «Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity», *loc. cit.* Dans la décision *Archambault*, le juge Wilson de la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait trouvé la méthode de la réciprocité de compétence [TRADUCTION] «très convaincante», mais il ne l'a pas appliquée uniquement parce que le Québec (d'où provenait le jugement dont on demandait l'exécution) ne reconnaissait la validité d'un jugement étranger qu'après en avoir vérifié le bien-fondé. Le résultat n'était donc pas comparable à l'effet accordé aux jugements étrangers dans les cas où ils sont reconnus dans les provinces de common law. Plus tard, le professeur Castel a, comme le professeur Kennedy, soutenu l'adoption de la méthode de la réciprocité; voir Castel, *loc. cit.* [TRADUCTION] «Il ne semble pas y avoir»,

to be any compelling reason against recognizing a jurisdiction which the forum itself claims" (p. 47).

Until 1987, however, no case appears to have adopted that position. But in that year, Gow Co. Ct. J. in a forceful judgment applied the reciprocity approach to an *in personam* action in *Marcotte v. Megson, supra*. The headnote summarizes the case as follows:

The plaintiff, an Alberta resident, sued the defendant in the Court of Queen's Bench of Alberta pursuant to s. 114(1) of the Business Corporations Act of that province which renders directors of a corporation liable to employees of the corporation for all debts not exceeding six months' wages. The plaintiff was granted leave to serve the defendant ex juris in British Columbia. The defendant was served but filed no defence. The plaintiff obtained default judgment against him for \$6,307. The plaintiff later sued on that judgment in British Columbia. The defendant defended the action on the grounds that he had done nothing to submit to the jurisdiction of the Alberta court and that the Alberta court was without jurisdiction in the sense that it acted without jurisdiction under the conflict of laws (private international law) rules of the courts of British Columbia.

Held—Judgment for plaintiff.

Reason would suggest that inside the Confederation of Canada the principle of reciprocity of jurisdiction should apply. The action was concerned, and only concerned, with a judgment of a next-door province, not a foreign state but a partner in Confederation, which could not be registered as a domestic judgment because the defendant never submitted to the jurisdiction of the Alberta court. Because the judgment was a default judgment, it could have been opened up on the merits had the defendant chosen to do so, but he deliberately chose not to do so, preferring to rest his defence on the grounds of "no presence" and "no submission". In those circumstances, there being as between Alberta and British Columbia reciprocity of jurisdiction, it was appropriate to apply the principle that our courts should recognize a jurisdiction which they themselves claim.

dit-il, «de motif sérieux de ne pas reconnaître une compétence que le tribunal réclame lui-même» (p. 47).

Jusqu'en 1987, cependant, aucune décision ne semble avoir adopté cette solution. Cependant, cette année-là, le juge Gow de la Cour de comté, dans un jugement bien étoffé, a appliqué la méthode de la réciprocité à une action *in personam* dans la décision *Marcotte v. Megson*, précitée. Le sommaire résume la décision comme ceci:

[TRADUCTION] Le demandeur, qui réside en Alberta, a poursuivi le défendeur en Cour du Banc de la Reine de l'Alberta en vertu du par. 114(1) de la *Business Corporations Act* de cette province. Cette loi rend les administrateurs d'une société commerciale responsables de toutes les dettes que la société a envers ses employés jusqu'à concurrence de six mois de salaire. Le demandeur a été autorisé à signifier les procédures hors du ressort, en Colombie-Britannique. Le défendeur a reçu les procédures signifiées, mais n'a pas produit de défense. Le demandeur a obtenu un jugement par défaut contre le défendeur pour la somme de 6 307 \$. Le demandeur a plus tard intenté une action en Colombie-Britannique en vertu de ce jugement. Le défendeur a opposé comme moyen de défense qu'il n'avait rien fait pour se soumettre à la compétence de la cour de l'Alberta et que cette dernière n'avait pas compétence en ce sens qu'elle n'avait pas compétence en vertu des règles (relatives au droit international privé) des tribunaux de la Colombie-Britannique.

Jugement—L'action est accueillie.

La logique veut qu'à l'intérieur de la Confédération canadienne, le principe de la réciprocité de compétence s'applique. L'action porte seulement sur un jugement d'une province voisine, non sur celui d'un État étranger mais sur celui d'un membre de la Confédération; le jugement ne pouvait pas être inscrit comme un jugement interne parce que le défendeur ne s'est jamais soumis à la compétence de la cour de l'Alberta. Parce qu'il s'agit d'un jugement par défaut, on aurait pu en examiner le bien-fondé si le défendeur avait choisi de le faire, mais il a délibérément choisi de ne pas le faire, préférant faire valoir les moyens de défense fondés sur l'«absence du ressort» et le «fait de ne pas se soumettre à la compétence du tribunal». Dans ces circonstances, puisqu'il y avait réciprocité de compétence entre l'Alberta et la Colombie-Britannique, il convenait d'appliquer le principe que nos tribunaux devraient reconnaître une compétence qu'ils disent eux-mêmes avoir.

The British Columbia Court of Appeal in the present case has now added its support to the call that reason dictates the evolution of the common law to permit the enforcement of *in personam* judgments given in sister-provinces.

The appellant in this case, of course, relies on the law as stated in *Symon, supra*. The respondents naturally rely on the Court of Appeal's judgment and particularly the "reciprocity" approach.

Before going on, I should observe that academic writers have now engaged the issue on a broader plane than reciprocity; see Robert J. Sharpe, *Interprovincial Product Liability Litigation* (1982); John Swan, "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Statement of Principle", in Springman and Gertner, *op. cit.*, at pp. 691 *et seq.*; John Swan, "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 271; Vaughan Black, "Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada" (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547. Their approaches are not identical but in a broad sense it may be said that their thesis is that the conditions governing the taking of jurisdiction by the courts of one province and those under which they are enforced by the courts of another province should be viewed as correlative. If it is fair and reasonable for the courts of one province to exercise jurisdiction over a subject-matter, it should as a general principle be reasonable for the courts of another province to enforce the resultant judgment. For a number of these writers, there are constitutional overtones to this approach; see also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at pp. 278-80. It is fair to say that I have found the work of these writers very helpful in my own analysis of the issues.

I should also note that the *Indyka* case, *supra*, has been followed in Canada; see *Edward v. Edward Estate*, [1987] 5 W.W.R. 289 (Sask. C.A.).

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, en l'espèce, ajouté son appui à l'argument que la logique exige l'évolution de la common law de manière à permettre l'exécution des jugements *in personam* rendus dans d'autres provinces du pays.

En l'espèce, l'appelant invoque évidemment la règle de l'arrêt *Symon*, précité. Les intimées, cela va de soi, s'appuient sur l'arrêt de la Cour d'appel et plus précisément sur la méthode de la «réciprocité».

Avant d'aller plus loin, je veux faire remarquer que les auteurs de doctrine abordent maintenant la question sur un plan plus large que celui de la réciprocité; voir Robert J. Sharpe, *Interprovincial Product Liability Litigation* (1982); John Swan, «Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Statement of Principle», dans Springman and Gertner, *op. cit.*, aux pp. 691 et suiv.; John Swan, «The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws» (1985), 63 *R. du B. can.* 271; Vaughan Black «Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada» (1989), 9 *Oxford J. Legal Stud.* 547. Ces auteurs n'ont pas tous la même façon de procéder mais, d'une manière générale, on peut dire que leur thèse est qu'il faut considérer comme corrélatives les conditions qui régissent l'exercice de la compétence des tribunaux d'une province et celles en vertu desquelles les jugements sont exécutés par les tribunaux d'une autre province. S'il est équitable et raisonnable que les tribunaux d'une autre province exercent leur compétence en une matière, il serait, en règle générale, raisonnable que les tribunaux d'une autre province exécutent le jugement qui en résulte. Pour un certain nombre de ces auteurs, il y a des nuances constitutionnelles dans cette solution; voir aussi Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), aux pp. 278 à 280. Il est juste de dire que j'ai trouvé les ouvrages de ces auteurs très utiles à l'analyse que j'ai faite de ces questions.

Je dois signaler aussi que l'arrêt *Indyka*, précité, a été suivi au Canada; voir *Edward v. Edward Estate*, [1987] 5 W.W.R. 289 (C.A. Sask.).

Analysis

The common law regarding the recognition and enforcement of foreign judgments is firmly anchored in the principle of territoriality as interpreted and applied by the English courts in the 19th century; see *Rajah of Faridkote, supra*. This principle reflects the fact, one of the basic tenets of international law, that sovereign states have exclusive jurisdiction in their own territory. As a concomitant to this, states are hesitant to exercise jurisdiction over matters that may take place in the territory of other states. Jurisdiction being territorial, it follows that a state's law has no binding effect outside its jurisdiction. Great Britain, and specifically its courts, applied that doctrine more rigorously than other states; see *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, which deals with the question in its criminal aspect. The English approach, we saw, was unthinkingly adopted by the courts of this country, even in relation to judgments given in sister-provinces.

Modern states, however, cannot live in splendid isolation and do give effect to judgments given in other countries in certain circumstances. Thus a judgment *in rem*, such as a decree of divorce granted by the courts of one state to persons domiciled there, will be recognized by the courts of other states. In certain circumstances, as well, our courts will enforce personal judgments given in other states. Thus, we saw, our courts will enforce an action for breach of contract given by the courts of another country if the defendant was present there at the time of the action or has agreed to the foreign court's exercise of jurisdiction. This, it was thought, was in conformity with the requirements of comity, the informing principle of private international law, which has been stated to be the deference and respect due by other states to the actions of a state legitimately taken within its territory. Since the state where the judgment was given had power over the litigants, the judgments of its courts should be respected.

Analyse

La common law sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers est profondément ancrée dans le principe de la territorialité tel que les tribunaux anglais l'interprétaient et l'appliquaient au XIX^e siècle; voir l'arrêt *Rajah of Faridkote*, précité. Ce principe traduit le fait, qui constitue l'un des préceptes fondamentaux du droit international, que les États souverains ont compétence exclusive sur leur propre territoire. Par conséquent, les États hésitent à exercer leur compétence sur des événements qui se sont produits sur le territoire d'un autre État. Puisque la compétence est territoriale, il s'ensuit que le droit d'un État n'a pas force exécutoire hors du territoire de celui-ci. La Grande-Bretagne et plus précisément ses tribunaux ont appliqué cette théorie avec plus de rigueur que les autres États; voir l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, lequel traite de cette question en matière criminelle. La règle anglaise a été inconsiderément adoptée par nos tribunaux, même pour des jugements rendus dans d'autres provinces du pays.

Les États modernes ne peuvent cependant pas vivre dans l'isolement le plus complet et ils appliquent effectivement les jugements rendus dans d'autres pays dans certaines circonstances. Ainsi les tribunaux d'un État reconnaissent un jugement *in rem*, tel un jugement de divorce rendu par les tribunaux d'un autre État en faveur d'une personne qui y habite. De même, dans certaines circonstances, nos tribunaux exécutent des jugements sur une action personnelle rendus par d'autres États. Ainsi, nous avons vu que nos tribunaux appliquent un jugement pour violation de contrat rendu par le tribunal d'un autre pays si le défendeur s'y trouvait lorsque l'action a été intentée ou si le défendeur a accepté de se soumettre à la compétence du tribunal étranger. Cela a été jugé conforme aux exigences de la courtoisie, qui constitue le principe de fond du droit international privé et qu'on a définie comme la déférence et le respect que des États doivent avoir pour les actes qu'un autre État a légitimement accomplis sur son territoire. Puisque l'État dans lequel le jugement a été rendu avait compétence sur les parties au litige, il y a lieu de respecter les jugements de ses tribunaux.

But a state was under no obligation to enforce judgments it deemed to fall outside the jurisdiction of the foreign court. In particular, the English courts refused to enforce judgments on contracts, wherever made, unless the defendant was within the jurisdiction of the foreign court at the time of the action or had submitted to its jurisdiction. And this was so, we saw, even of actions that could most appropriately be tried in the foreign jurisdiction, such as a case like the present where the personal obligation undertaken in the foreign country was in respect of property located there. Even in the 19th century, this approach gave difficulty, a difficulty in my view resulting from a misapprehension of the real nature of the idea of comity, an idea based not simply on respect for the dictates of a foreign sovereign, but on the convenience, nay necessity, in a world where legal authority is divided among sovereign states of adopting a doctrine of this kind.

For my part, I much prefer the more complete formulation of the idea of comity adopted by the Supreme Court of the United States in *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), at pp. 163-64, in a passage cited by Estey J. in *Spencer v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 278, at p. 283, as follows:

“Comity” in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor of mere courtesy and good will, upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws . . .

As Dickson J. in *Zingre v. The Queen*, [1981] 2 S.C.R. 392, at p. 400, citing Marshall C.J. in *The Schooner Exchange v. M’Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812), stated, “common interest impels sovereigns to mutual intercourse” between sovereign states. In a word, the rules of private international law are grounded in the need in modern times to facilitate the flow of wealth, skills and people across state lines in a fair and orderly manner. Von Mehren and Trautman have

Cependant, un État n’a pas d’obligation d’exécuter les jugements qu’il considère hors de la compétence du tribunal étranger. En particulier, les tribunaux anglais ont refusé d’exécuter les jugements en matière contractuelle d’où qu’ils proviennent, si le défendeur n’était pas dans le ressort du tribunal étranger à l’époque de l’action ou s’il ne s’est pas soumis à la compétence du tribunal. Il en était ainsi, nous l’avons vu, même des actions qui pouvaient très légitimement être jugées dans le ressort étranger, comme le cas en l’espèce où l’obligation personnelle souscrite dans le pays étranger concernait un bien-fonds qui y était situé. Même au XIX^e siècle, cette solution soulevait une difficulté qui, selon moi, découle d’une méprise quant à la nature véritable de la notion de courtoisie, qui ne consiste pas seulement à respecter les volontés d’un État souverain étranger, mais à tenir compte de la commodité, même de la nécessité, d’adopter une théorie de ce genre dans un monde où le pouvoir juridique est partagé entre plusieurs États souverains.

Quant à moi, je préfère de beaucoup la formulation plus complète de la notion de courtoisie adoptée par le Cour suprême des États-Unis dans l’arrêt *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113 (1895), aux pp. 163 et 164, dans le passage suivant que cite le juge Estey dans *Spencer c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 278, à la p. 283:

[TRADUCTION] La «courtoisie» au sens juridique n’est ni une question d’obligation absolue d’une part ni de simple politesse et de bonne volonté de l’autre. Mais c’est la reconnaissance qu’une nation accorde sur son territoire aux actes législatifs, exécutifs ou judiciaires d’une autre nation, compte tenu à la fois des obligations et des convenances internationales et des droits de ses propres citoyens ou des autres personnes qui sont sous la protection de ses lois . . .

Comme le juge Dickson l’a dit, dans l’arrêt *Zingre c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 392, à la p. 401, en citant le juge en chef Marshall dans l’arrêt *The Schooner Exchange v. M’Faddon*, 11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812), «l’intérêt commun incite les souverains aux relations mutuelles» entre États souverains. En un mot, les règles du droit international privé sont fondées sur la nécessité qu’impose l’époque moderne de faciliter la circulation ordonnée et équitable des richesses, des techniques et des

observed in "Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and A Suggested Approach" (1968), 81 *Harv. L. Rev.* 1601, at p. 1603: "The ultimate justification for according some degree of recognition is that if in our highly complex and interrelated world each community exhausted every possibility of insisting on its parochial interests, injustice would result and the normal patterns of life would be disrupted."

Yntema (though speaking more specifically there about choice of law) caught the spirit in which private international law, or conflict of laws, should be approached when he stated: "In a highly integrated world economy, politically organized in a diversity of more or less autonomous legal systems, the function of conflict rules is to select, interpret and apply in each case the particular local law that will best promote suitable conditions of interstate and international commerce, or, in other words, to mediate in the questions arising from such commerce in the application of the local laws"; see Hessel E. Yntema, "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 *Can. Bar Rev.* 721, at p. 741. As is evident throughout his article, what must underlie a modern system of private international law are principles of order and fairness, principles that ensure security of transactions with justice.

This formulation suggests that the content of comity must be adjusted in the light of a changing world order. The approach adopted by the English courts in the 19th century may well have seemed suitable to Great Britain's situation at the time. One can understand the difficulty in which a defendant in England would find himself in defending an action initiated in a far corner of the world in the then state of travel and communications. The *Symon* case, *supra*, where the action arose in Western Australia against a defendant in England, affords a good illustration. The approach, of course, demands that one forget the difficulties of the plaintiff in bringing an action against a defendant who has moved to a distant

personnes d'un pays à l'autre. Von Mehren et Trautman font remarquer dans «Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and A Suggested Approach» (1968), 81 *Harv. L. Rev.* 1601, à la p. 1603 que [TRADUCTION] «La justification ultime d'accorder une certaine mesure de reconnaissance tient à ce que, dans notre monde extrêmement complexe et intimement lié, si on laissait chaque société épuiser toutes les possibilités de faire valoir ses intérêts purement locaux, il en résulterait des injustices et une perturbation des modes de vie normaux».

Yntema (qui parlait plutôt alors du choix du droit) a saisi l'esprit dans lequel il faut aborder le droit international privé quand il dit: [TRADUCTION] «Dans une économie mondiale hautement intégrée, organisée politiquement selon divers systèmes juridiques plus ou moins autonomes, le rôle des règles du droit international privé est de choisir, d'interpréter et d'appliquer dans chaque cas le droit interne particulier le plus susceptible de promouvoir des conditions propices au commerce international ou, en d'autres mots, de servir d'intermédiaire entre les questions que soulève l'application des droits internes à ce commerce»; voir Hessel E. Yntema, «The Objectives of Private International Law» (1957), 35 *R. du B. can.* 721, à la p. 741. Comme le démontre tout son article, ce sont les principes d'ordre et d'équité, des principes qui assurent à la fois la justice et la sûreté des opérations qui doivent servir de fondement à un système moderne de droit international privé.

Cette formulation indique que le sens de la courtoisie doit s'ajuster aux changements de l'ordre mondial. La règle adoptée par les tribunaux anglais au XIX^e siècle pouvait bien convenir à la situation de la Grande-Bretagne à cette époque. On imagine facilement les difficultés que pouvait éprouver un défendeur demeurant en Grande-Bretagne à contester une action engagée à l'autre bout du monde dans les conditions de déplacement et de communication qui prévalaient alors. L'arrêt *Symon*, précité, dans lequel l'action avait été intentée en Australie-Occidentale fournit un bon exemple. Il va sans dire que cette méthode exige de faire abstraction des difficultés que le demandeur pouvait avoir à intenter une action contre un

land. However, this may not have been perceived as too serious a difficulty by English courts at a time when it was predominantly Englishmen who carried on enterprises in far away lands. As well, there was an exaggerated concern about the quality of justice that might be meted out to British residents abroad; see Lord Reid in *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175 (H.L.), at p. 181.

The world has changed since the above rules were developed in 19th century England. Modern means of travel and communications have made many of these 19th century concerns appear parochial. The business community operates in a world economy and we correctly speak of a world community even in the face of decentralized political and legal power. Accommodating the flow of wealth, skills and people across state lines has now become imperative. Under these circumstances, our approach to the recognition and enforcement of foreign judgments would appear ripe for reappraisal. Certainly, other countries, notably the United States and members of the European Economic Community, have adopted more generous rules for the recognition and enforcement of foreign judgments to the general advantage of litigants.

However that may be, there is really no comparison between the interprovincial relationships of today and those obtaining between foreign countries in the 19th century. Indeed, in my view, there never was and the courts made a serious error in transposing the rules developed for the enforcement of foreign judgments to the enforcement of judgments from sister-provinces. The considerations underlying the rules of comity apply with much greater force between the units of a federal state, and I do not think it much matters whether one calls these rules of comity or simply relies directly on the reasons of justice, necessity and convenience to which I have already adverted. Whatever nomenclature is used, our courts have not hesitated to cooperate with courts of other

défendeur qui était allé habiter dans un pays lointain. Il se peut toutefois que les tribunaux anglais n'aient pas perçu cette difficulté comme trop grave à une époque où c'était surtout des Anglais qui exploitaient des entreprises dans des pays lointains. De même, il y avait une crainte exagérée au sujet de la qualité de justice qui pourrait être dispensée aux Britanniques résidant à l'étranger; voir lord Reid dans l'arrêt *The Atlantic Star*, [1973] 2 All E.R. 175 (H.L.), à la p. 181.

Le monde a évolué depuis que les règles précitées ont été formulées dans l'Angleterre du XIX^e siècle. Les moyens modernes de déplacement et de communication font ressortir le caractère purement local d'un bon nombre de ces préoccupations du XIX^e siècle. Le monde des affaires fonctionne dans une économie mondiale et on parle à juste titre de communauté internationale même si le pouvoir politique et juridique est décentralisé. Il est maintenant devenu impérieux de faciliter la circulation des richesses, des techniques et des personnes d'un pays à l'autre. Dans ces circonstances, il apparaît opportun de réexaminer nos règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers. D'autres pays, notamment les États-Unis et les pays membres de la Communauté économique européenne ont certainement adopté des règles plus généreuses relativement à la reconnaissance et à l'exécution des jugements étrangers pour le plus grand bien des justiciables.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas vraiment de comparaison possible entre les relations interprovinciales actuelles et celles qui s'appliquaient aux pays étrangers au XIX^e siècle. Quant à cela, j'estime qu'il n'y en a jamais eu et les tribunaux ont eu grandement tort de transposer les règles conçues pour l'exécution des jugements étrangers à l'exécution des jugements des autres provinces du pays. Les considérations qui sous-tendent les règles de la courtoisie s'appliquent avec beaucoup plus de force entre les éléments d'un État fédéral et je ne crois pas qu'il importe qu'on les qualifie de règles de courtoisie ou qu'on ne fasse qu'appel directement aux motifs de justice, de nécessité et de commodité dont j'ai déjà parlé. Quelle que soit la terminologie utilisée, nos tribunaux n'ont pas

provinces where necessary to meet the ends of justice; see *Re Wismer and Javelin International Ltd.* (1982), 136 D.L.R. (3d) 647 (Ont. H.C.), at pp. 654-55; *Re Mulroney and Coates* (1986), 27 D.L.R. (4th) 118 (Ont. H.C.), at pp. 128-29; *Touche Ross Ltd. v. Sorrel Resources Ltd.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 184 (S.C.), at p. 189; *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393 (C.A.), at p. 394.

In any event, the English rules seem to me to fly in the face of the obvious intention of the Constitution to create a single country. This presupposes a basic goal of stability and unity where many aspects of life are not confined to one jurisdiction. A common citizenship ensured the mobility of Canadians across provincial lines, a position reinforced today by s. 6 of the *Charter*; see *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591. In particular, significant steps were taken to foster economic integration. One of the central features of the constitutional arrangements incorporated in the *Constitution Act, 1867* was the creation of a common market. Barriers to interprovincial trade were removed by s. 121. Generally trade and commerce between the provinces was seen to be a matter of concern to the country as a whole; see *Constitution Act, 1867*, s. 91(2). The Peace, Order and Good Government clause gives the federal Parliament powers to deal with interprovincial activities (see *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; as well as my reasons in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401 (dissenting but not on this point); see also *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161). And the combined effect of s. 91(29) and s. 92(10) does the same for interprovincial works and undertakings.

These arrangements themselves speak to the strong need for the enforcement throughout the country of judgments given in one province. But that is not all. The Canadian judicial structure is

hésité à coopérer avec les tribunaux des autres provinces lorsque cela était nécessaire pour les fins de la justice: voir *Re Wismer and Javelin International Ltd.* (1982), 136 D.L.R. (3d) 647 (H.C. Ont.), aux pp. 654 et 655; *Re Mulroney and Coates* (1986), 27 D.L.R. (4th) 118 (H.C. Ont.), aux pp. 128 et 129; *Touche Ross Ltd. v. Sorrel Resources Ltd.* (1987), 11 B.C.L.R. (2d) 184 (C.S.), à la p. 189; *Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock* (1984), 65 B.C.L.R. 393 (C.A.), à la p. 394.

De toute façon, les règles anglaises me semblent absolument contraires à l'intention manifeste de la Constitution d'établir un seul et même pays. Cela présuppose un objectif fondamental de stabilité et d'unité où de nombreux aspects de la vie ne sont pas confinés à un seul ressort. La citoyenneté commune assure aux Canadiens la mobilité d'une province à l'autre, ce qui est aujourd'hui renforcé par l'art. 6 de la *Charte*; voir l'arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591. Plus précisément, d'importantes mesures ont été prises pour favoriser l'intégration économique. L'un des principaux éléments des arrangements constitutionnels incorporés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* était la création d'un marché commun. L'article 121 a écarté les obstacles aux échanges interprovinciaux. Dans l'ensemble, les échanges et le commerce interprovinciaux étaient considérés comme un sujet qui intéressait le pays dans son ensemble; voir le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La disposition relative à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement confère au Parlement fédéral la compétence sur les activités interprovinciales (voir *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, et aussi mes motifs de jugement dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 (où j'étais dissident, mais sur un autre point); voir aussi *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161). Et il en est de même pour les entreprises et ouvrages interprovinciaux en raison de l'effet conjugué des par. 91(29) et 92(10).

Ces arrangements mêmes répondent à la nécessité impérieuse de pouvoir faire exécuter partout au pays les jugements obtenus dans une province. Mais ce n'est pas tout. Le système judiciaire cana-

so arranged that any concerns about differential quality of justice among the provinces can have no real foundation. All superior court judges—who also have superintending control over other provincial courts and tribunals—are appointed and paid by the federal authorities. And all are subject to final review by the Supreme Court of Canada, which can determine when the courts of one province have appropriately exercised jurisdiction in an action and the circumstances under which the courts of another province should recognize such judgments. Any danger resulting from unfair procedure is further avoided by sub-constitutional factors, such as for example the fact that Canadian lawyers adhere to the same code of ethics throughout Canada. In fact, since *Black v. Law Society of Alberta*, *supra*, we have seen a proliferation of interprovincial law firms.

These various constitutional and sub-constitutional arrangements and practices make unnecessary a “full faith and credit” clause such as exists in other federations, such as the United States and Australia. The existence of these clauses, however, does indicate that a regime of mutual recognition of judgments across the country is inherent in a federation. Indeed, the European Economic Community has determined that such a feature flows naturally from a common market, even without political integration. To that end its members have entered into the 1968 Convention on Jurisdiction and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters.

The integrating character of our constitutional arrangements as they apply to interprovincial mobility is such that some writers have suggested that a “full faith and credit” clause must be read into the Constitution and that the federal Parliament is, under the “Peace, Order and Good Government” clause, empowered to legislate respecting the recognition and enforcement of judgments throughout Canada; see, for example, Black, *op. cit.*, and Hogg, *op. cit.* The present case was not, however, argued on that basis, and I need not go

dien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d’une province à l’autre ne saurait être vraiment fondée. Tous les juges de cour supérieure—qui ont également un pouvoir de contrôle sur d’autres tribunaux judiciaires et administratifs provinciaux—sont nommés et rémunérés par les autorités fédérales. De plus, toutes les cours de justice sont sujettes à l’examen en dernier ressort de leurs décisions par la Cour suprême du Canada qui peut décider si les cours d’une province ont à bon droit exercé leur compétence dans une action et dans des circonstances où les cours d’une autre province devraient reconnaître ces jugements. Tout risque d’inéquité procédurale est aussi écarté par d’autres facteurs non constitutionnels, comme par exemple, le fait que les avocats canadiens observent tous le même code de déontologie partout au Canada. En fait, depuis l’arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, précité, nous avons constaté une prolifération de cabinets d’avocats interprovinciaux.

Ces divers arrangements et pratiques constitutionnels et non constitutionnels rendent inutile une clause de [TRADUCTION] «reconnaissance totale» comme il en existe dans d’autres fédérations comme les États-Unis et l’Australie. L’existence de telles clauses indique cependant qu’un régime de reconnaissance mutuelle des jugements à la grandeur du pays est inhérent à une fédération. En effet, la Communauté économique européenne a conclu qu’une telle caractéristique découle naturellement d’un marché commun, même sans intégration politique. À cette fin, les États membres ont conclu en 1968 la Convention concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Le caractère unificateur de nos arrangements constitutionnels, pour autant que ceux-ci visent la mobilité interprovinciale, fait en sorte que certains auteurs ont affirmé que la Constitution comporte implicitement une clause de «reconnaissance totale» et que le Parlement fédéral a, en vertu de la disposition relative à «la paix, [à] l’ordre et [. . . au] bon gouvernement», compétence pour légiférer en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements partout au Canada; voir, par exemple, Black, *loc. cit.*, et Hogg, *op. cit.* L’affaire n’a

that far. For present purposes, it is sufficient to say that, in my view, the application of the underlying principles of comity and private international law must be adapted to the situations where they are applied, and that in a federation this implies a fuller and more generous acceptance of the judgments of the courts of other constituent units of the federation. In short, the rules of comity or private international law as they apply between the provinces must be shaped to conform to the federal structure of the Constitution.

This Court has, in other areas of the law having extraterritorial implications, recognized the need for adapting the law to the exigencies of a federation. Thus in *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, *supra*, the Court set aside a court order, a *Mareva* injunction, issued against a federally incorporated company with its head office in Montréal and offices in Toronto, enjoining it from transferring certain assets in Manitoba to one of its offices outside the province. There this Court clearly expressed the different considerations that distinguished that case from the English situations where it was sought to prevent the transfer of assets to other countries. Estey J. had this to say, at pp. 34-35:

All the foregoing considerations, while important to an understanding of the operation of this type of injunction, leave untouched the underlying and basic question: do the principles, as developed in the United Kingdom courts, survive intact a transplantation from that unitary state to the federal state of Canada? The question in its simplest form arises in the principles enunciated in the earliest *Mareva* cases where the wrong to be prevented was the removal from "the jurisdiction" of assets of the respondent with a view to defeating the claim of a creditor. It has been found by the courts below that there was no such wrongdoing here. An initial question, therefore, must be answered, namely, what is meant by "jurisdiction" in a federal context? It at least means the jurisdiction of the Manitoba court. But is the bare removal of assets from the Province of Manitoba sufficient? The appellant is a federally incorporated company with authority to carry on business throughout Canada. In the course of so doing, it moves assets in and out of the provinces of Manitoba, Quebec and Ontario. No breach of law is asserted by the respondent. No

cependant pas été plaidée selon ce fondement et je n'ai pas besoin d'aller aussi loin. Pour les fins des présentes, il suffit d'affirmer que, selon moi, l'application des principes sous-jacents de la courtoisie et du droit international privé doit être adaptée à la situation en présence et que, dans une fédération, il en résulte une reconnaissance plus complète et généreuse des jugements des tribunaux des autres entités constitutives de la fédération. En bref, les règles de la courtoisie et du droit international privé doivent, dans leur application entre les provinces, respecter la structure fédérale de la Constitution.

Notre Cour a, dans d'autres domaines du droit touchant l'extra-territorialité, reconnu la nécessité d'adapter la loi aux exigences d'une fédération. Ainsi, dans l'arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, précité, notre Cour a annulé une ordonnance judiciaire, une injonction *Mareva*, rendue contre une société à charte fédérale, ayant son siège social à Montréal et des bureaux à Toronto, qui lui interdisait de transférer certains biens situés au Manitoba à l'un de ses bureaux hors de cette dernière province. Dans cet arrêt, notre Cour a clairement indiqué ce qui distinguait cette affaire des affaires anglaises où on avait voulu empêcher le transfert de biens dans d'autres pays. Le juge Estey dit, aux pp. 34 et 35:

Toutes les considérations qui précèdent, bien qu'importantes pour comprendre le fonctionnement de ce genre d'injonction, laissent sans réponse la question fondamentale sous-jacente: les principes dégagés par les tribunaux anglais restent-ils intacts une fois transplantés de cet État unitaire dans l'État fédéral qu'est le Canada? La question, dans sa forme la plus simple, se pose dans les principes énoncés au cours des premières affaires *Mareva* où le préjudice qu'on voulait prévenir était le transfert, hors du «ressort», des biens de l'intimée en vue de faire échouer la réclamation d'un créancier. Les tribunaux d'instance inférieure n'ont constaté aucun méfait de ce genre en l'espèce. Il faut donc répondre à une première question, savoir, qu'entend-on par «ressort» dans un contexte fédéral? Cela signifie tout au moins le ressort du tribunal manitobain. Mais le simple transfert de biens hors de la province du Manitoba suffit-il? L'appelante est une compagnie à charte fédérale qui a le pouvoir de faire affaire partout au Canada. Ce faisant, elle fait circuler ses biens entre les provinces du Manitoba, du Québec et de l'Ontario. L'intimée ne soutient

improper purpose has been exposed. It is simply a clash of rights: the respondents' right to protect their position under any judgment which might hereafter be obtained, and the appellant's right to exercise its undoubted corporate capacity, federally confirmed (and the constitutionality of which is not challenged), to carry on business throughout Canada. The appellant does not seek to remove the assets in question from the national jurisdiction in which its corporate existence is maintained. The writ of the Manitoba court runs through judgment, founded on service of initiating process on the appellant within Manitoba, into Ontario under reciprocal provincial legislation, and into Quebec by reason of the laws of that province, *supra*. None of these vital considerations was present in the United Kingdom where *Mareva* was conceived to fend off the depredations of shady mariners operating out of far-away havens, usually on the fringe of legally organized commerce. In the Canadian federal system, the appellant is not a foreigner, nor even a non-resident in the ordinary sense of the word. It is capable of 'residing' throughout Canada and did so in Manitoba. It is subject to execution under any Manitoba judgment in every part of Canada. There was no clandestine transfer of assets designed to defraud the legal process of the courts of Manitoba. There is no evidence that this federal entity has arranged its affairs so as to defraud Manitoba creditors. The terminology and trappings of *Mareva* must be examined in the federal setting. In some ways, 'jurisdiction' extends to the national boundaries, or, in any case, beyond the provincial boundary of Manitoba. For other purposes, jurisdiction no doubt can be confined to the reach of the writ of the Manitoba courts. [Emphasis added.]

A similar approach should, in my view, be adopted in relation to the recognition and enforcement of judgments within Canada. As I see it, the courts in one province should give full faith and credit, to use the language of the United States Constitution, to the judgments given by a court in another province or a territory, so long as that court has properly, or appropriately, exercised jurisdiction in the action. I referred earlier to the principles of order and fairness that should obtain in this area of the law. Both order and justice militate in favour of the security of transactions. It seems anarchic and unfair that a person should be able to avoid legal obligations arising in one prov-

pas qu'il y a eu infraction à la loi. Aucune fin irrégulière n'a été mentionnée. Il s'agit simplement d'un conflit entre des droits: le droit des intimés de préserver leur situation aux termes de tout jugement qui pourrait être rendu ultérieurement et celui de l'appelante, comme a personne morale, d'exercer sa capacité, indubitable en vertu de sa charte fédérale (et dont la constitutionnalité n'est pas contestée) de faire affaire partout au Canada. L'appelante ne cherche pas à sortir les biens en question du ressort national où son existence comme personne b morale est assurée. Le bref de la cour manitobaine dure jusqu'au jugement et est fondé sur la signification de l'acte introductif d'instance à l'appelante au Manitoba, en Ontario en vertu de la législation provinciale en matière de réciprocité, et au Québec en raison des lois c précitées de cette province. Aucune de ces considérations essentielles n'étaient présentes au Royaume-Uni lorsque l'injonction *Mareva* a été conçue pour parer les déprédations de marins véreux opérant à partir de refuges d lointains et habituellement à la limite du commerce d légalement organisé. Dans le système fédéral canadien, l'appelante n'est ni étrangère ni même non-résidente au sens ordinaire de ce terme. Elle peut «résider» partout au Canada et elle l'a fait au Manitoba. Elle peut être assujettie à l'exécution d'un jugement manitobain partout au Canada. Il n'y a eu aucun transfert clandestin de biens en vue d'échapper aux voies de droit des tribunaux e manitobains. Il n'y a aucune preuve que cette entité à charte fédérale ait organisé ses affaires de façon à frauder ses créanciers manitobains. La terminologie et les éléments que sous-tend l'injonction *Mareva* doivent être examinés en fonction du contexte fédéral. D'une certaine manière, le «ressort» s'étend jusqu'aux frontières nationales ou, en tout cas, au delà des frontières de Manitoba. Pour d'autres fins, il ne fait pas de doute que f le ressort peut être limité à l'endroit où peut être exécuté le bref des tribunaux manitobains. [Je souligne.] g

À mon avis, il y aurait lieu d'adopter la même attitude à l'égard de la reconnaissance et de l'exécution des jugements à l'intérieur du Canada. Selon moi, les tribunaux d'une province devraient reconnaître totalement, selon l'expression h employée dans la Constitution américaine, les jugements rendus par un tribunal d'une autre province ou d'un territoire, pourvu que ce tribunal ait i correctement et convenablement exercé sa compétence dans l'action. J'ai déjà parlé des principes d'ordre et d'équité qui devraient s'appliquer à cette j branche du droit. L'ordre et la justice militent tous les deux en faveur de la sécurité des opérations. Il semble anarchique et injuste qu'une personne

ince simply by moving to another province. Why should a plaintiff be compelled to begin an action in the province where the defendant now resides, whatever the inconvenience and costs this may bring, and whatever degree of connection the relevant transaction may have with another province? And why should the availability of local enforcement be the decisive element in the plaintiff's choice of forum?

These concerns, however, must be weighed against fairness to the defendant. I noted earlier that the taking of jurisdiction by a court in one province and its recognition in another must be viewed as correlatives, and I added that recognition in other provinces should be dependent on the fact that the court giving judgment "properly" or "appropriately" exercised jurisdiction. It may meet the demands of order and fairness to recognize a judgment given in a jurisdiction that had the greatest or at least significant contacts with the subject-matter of the action. But it hardly accords with principles of order and fairness to permit a person to sue another in any jurisdiction, without regard to the contacts that jurisdiction may have to the defendant or the subject-matter of the suit; see Joost Blom, "Conflict of Laws—Enforcement of Extraprovincial Default Judgment—Reciprocity of Jurisdiction: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 359, at p. 360. Thus, fairness to the defendant requires that the judgment be issued by a court acting through fair process and with properly restrained jurisdiction.

As discussed, fair process is not an issue within the Canadian federation. The question that remains, then, is when has a court exercised its jurisdiction appropriately for the purposes of recognition by a court in another province? This poses no difficulty where the court has acted on the basis of some ground traditionally accepted by courts as permitting the recognition and enforcement of foreign judgments³—in the case of judg-

puisse se soustraire à des obligations juridiques qui ont pris naissance dans une province simplement en déménageant dans une autre province. Pourquoi un demandeur devrait-il être tenu d'intenter une action dans la province où le défendeur réside présentement, quels que soient les inconvénients et le coût que cela puisse entraîner et quelle que soit la mesure dans laquelle l'opération pertinente peut avoir un lien avec l'autre province? Et pourquoi la possibilité de faire exécuter le jugement dans le ressort devrait-elle être l'élément déterminant du choix du tribunal par le demandeur?

Il faut cependant sopeser ces préoccupations en fonction de l'équité envers le défendeur. J'ai signalé qu'il faut considérer comme corrélatifs l'exercice de compétence par un tribunal dans une province et la reconnaissance de celle-ci dans une autre province et j'ai ajouté que la reconnaissance dans les autres provinces devrait dépendre de ce que le tribunal qui a rendu jugement a «correctement» ou «convenablement» exercé sa compétence. Pareille solution peut satisfaire aux exigences de l'ordre et de l'équité de reconnaître un jugement rendu dans un ressort qui avait le plus de liens avec l'objet de l'action ou qui avait, à tout le moins, des liens substantiels avec lui. Mais cela n'est guère conforme aux principes d'ordre et d'équité que de permettre à quelqu'un d'intenter l'action dans un ressort sans tenir compte du lien que ce ressort peut avoir avec le défendeur ou l'objet de l'action; voir Joost Blom, «Conflict of Laws—Enforcement of Extraprovincial Default Judgment—Reciprocity of Jurisdiction: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*» (1989), 68 *R. du B. can.* 359, à la p. 360. Donc, l'équité envers le défendeur exige que le jugement soit rendu par un tribunal qui agit avec équité et avec retenue dans l'exercice de sa compétence.

Comme je l'ai déjà mentionné, l'équité de la procédure n'est pas en cause à l'intérieur de la fédération canadienne. La question qui reste alors à résoudre est de savoir quand un tribunal a-t-il exercé convenablement sa compétence pour les fins de la reconnaissance du jugement par un tribunal d'une autre province? Cela ne soulève pas de difficulté lorsque le tribunal a agi en vertu des motifs traditionnellement acceptés par les tribu-

ments *in personam* where the defendant was within the jurisdiction at the time of the action or when he submitted to its judgment whether by agreement or attornment. In the first case, the court had jurisdiction over the person, and in the second case by virtue of the agreement. No injustice results.

The difficulty, of course, arises where, as here, the defendant was outside the jurisdiction of that court and he was served *ex juris*. To what extent may a court of a province properly exercise jurisdiction over a defendant in another province? The rules for service *ex juris* in all the provinces are broad, in some provinces, Nova Scotia and Prince Edward Island, very broad indeed. It is clear, however, that if the courts of one province are to be expected to give effect to judgments given in another province, there must be some limits to the exercise of jurisdiction against persons outside the province.

It will be obvious from the manner in which I approach the problem that I do not see the “reciprocity approach” as providing an answer to the difficulty regarding *in personam* judgments given in other provinces, whatever utility it may have on the international plane. Even there, I am more comfortable with the approach taken by the House of Lords in *Indyka v. Indyka*, *supra*, where the question posed in a matrimonial case was whether there was a real and substantial connection between the petitioner and the country or territory exercising jurisdiction. I should observe, however, that in a case involving matrimonial status, the subject-matter of the action and the petitioner are obviously at the same place. That is not necessarily so of a personal action where a nexus may have to be sought between the subject-matter of the action and the territory where the action is brought.

naux comme autorisant la reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers—dans le cas d’un jugement *in personam* lorsque le défendeur résidait dans le ressort au moment de l’action ou lorsque le défendeur s’est soumis à son jugement soit par convention soit en reconnaissant la compétence du tribunal. Dans le premier cas, le tribunal avait compétence sur la personne et, dans le second cas, il l’a eue en vertu de la convention. Il n’en résulte pas d’injustice.

La difficulté survient, cela va de soi, quand, comme en l’espèce, le défendeur réside hors du ressort du tribunal et quand il a reçu signification des procédures hors du ressort. Dans quelle mesure un tribunal d’une province peut-il convenablement exercer sa compétence sur un défendeur demeurant dans une autre province? Les règles relatives à la signification hors du ressort ont une portée large dans toutes les provinces, portée qui est même très large dans certaines provinces comme la Nouvelle-Écosse et l’Île-du-Prince-Édouard. Il est cependant manifeste que, si l’on veut que les tribunaux d’une province appliquent les jugements rendus dans une autre province, il doit y avoir certaines limites à l’exercice de la compétence à l’égard des personnes qui n’habitent pas la province.

Il ressortira de la manière dont j’aborde le problème que, selon moi, la «méthode de la réciprocité» n’apporte pas de solution à la difficulté soulevée par les jugements *in personam* rendus dans d’autres provinces, quelle que soit son utilité sur le plan international. Même là, je me sens plus à l’aise avec la solution adoptée par la Chambre des lords dans l’arrêt *Indyka v. Indyka*, précité, dans lequel la question soulevée, dans une affaire matrimoniale, était de savoir s’il y avait un lien réel et substantiel entre le requérant et le pays ou le territoire exerçant sa compétence. Je dois signaler cependant que, dans une affaire mettant en cause l’état matrimonial, l’objet de l’action et le demandeur sont manifestement au même endroit. Ce n’est pas forcément vrai pour une action personnelle dans laquelle il peut être nécessaire de chercher un lien entre l’objet de l’action et le ressort où l’action est intentée.

A case in this Court, *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, though a tort action, is instructive as to the manner in which a court may properly exercise jurisdiction in actions in contracts as well. In that case, an electrician was fatally injured in Saskatchewan while removing a spent light bulb manufactured in Ontario by a company that neither carried on business nor held any property in Saskatchewan. The company sold all its products to distributors and none to consumers. It had no salesmen or agents in Saskatchewan. The electrician's wife and children brought action against the company under *The Fatal Accidents Act* of Saskatchewan claiming the company had been negligent in the manufacture of the light bulb and in failing to provide an adequate safety system to prevent unsafe bulbs from leaving the plant and being sold or used. On a chambers motion, the trial judge held that any negligence would have occurred in Ontario and so the tort was committed out of Saskatchewan. He, however, granted special leave under a provision of *The Queen's Bench Act* to commence an action in Saskatchewan, and made an order allowing service of the statement of claim and a writ of summons in Ontario. The company successfully appealed to the Saskatchewan Court of Appeal, but the Court of Appeal's judgment was reversed by this Court.

Dickson J. gave the reasons of the Court. The location of a tort, he noted, was a matter of some difficulty. Normally, he observed, an action for a tort would be brought where the defendant happened to be, on the theory that the court had physical power over the defendant. But, he added, that suit could also be brought where the tort had been committed. Where the situs of the tort was, however, was not an easy question. One theory was that it was situated where the wrongful action took place (there Ontario). Another would have it that

Même s'il y est question d'une action délictuelle, l'arrêt de notre Cour *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, est intéressant quant à la manière dont un tribunal peut convenablement exercer sa compétence également dans des actions en matière contractuelle. Dans cette affaire, un électricien a été mortellement blessé en Saskatchewan en retirant une ampoule électrique grillée fabriquée en Ontario par une société qui ne faisait pas affaires et qui n'avait pas de biens en Saskatchewan. La société vendait tous ses produits à des concessionnaires et aucun à des consommateurs. Elle n'avait aucun vendeur ni aucun représentant en Saskatchewan. La veuve de l'électricien et ses enfants ont intenté contre la société une action en vertu de *The Fatal Accidents Act* de la Saskatchewan alléguant que la société avait fait preuve de négligence en fabriquant l'ampoule et en omettant d'appliquer un système de sécurité qui aurait empêché les ampoules dangereuses de sortir de l'usine et d'être vendues ou utilisées. Dans une requête entendue en son cabinet, le juge de première instance a statué que tout acte de négligence qui pouvait avoir été commis s'était produit en Ontario et qu'en conséquence le délit civil avait été commis hors de la Saskatchewan. Cependant, en vertu d'une disposition de *The Queen's Bench Act*, il a accordé une autorisation spéciale d'intenter l'action en Saskatchewan et il a rendu une ordonnance autorisant la signification en Ontario de la déclaration et d'un bref d'assignation. La société commerciale a interjeté appel avec succès devant la Cour d'appel de la Saskatchewan, mais notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel.

Les motifs du jugement ont été rédigés par le juge Dickson. Ce dernier signale que le situs d'un délit civil soulève une difficulté. Normalement, fait-il observer, une action pour délit civil est intentée là où se trouve le défendeur, du fait que le tribunal a une capacité matérielle d'exécution à l'égard de celui-ci. Mais il ajoute que l'action peut aussi être intentée à l'endroit où le délit civil a été commis. Il n'est cependant pas facile de déterminer où le délit civil a été commis. Selon une théorie, le délit est situé à l'endroit où l'acte dommageable a eu lieu (dans ce cas-là, l'Ontario). Une autre théorie veut que ce soit l'endroit où le

it is the place where the damage occurred. But as Dickson J. noted, at p. 398:

Logically, it would seem that if a tort is to be divided and one part occurs in state A and another in state B, the tort could reasonably for jurisdictional purposes be said to have occurred in both states or, on a more restrictive approach, in neither state. It is difficult to understand how it can properly be said to have occurred only in state A.

At the end of the day, he rejected any rigid or mechanical theory for determining the situs of the tort. Rather, he adopted "a more flexible, qualitative and quantitative test", posing the question, as had some English cases there cited, in terms of whether it was "inherently reasonable" for the action to be brought in a particular jurisdiction, or whether, to adopt another expression, there was a "real and substantial connection" between the jurisdiction and the wrongdoing. Dickson J. thus summarized his view, at pp. 408-9:

Generally speaking, in determining where a tort has been committed, it is unnecessary, and unwise, to have resort to any arbitrary set of rules. The place of acting and the place of harm theories are too arbitrary and inflexible to be recognized in contemporary jurisprudence. In the *Distillers'* case and again in the *Cordova* case a real and substantial connection test was hinted at. Cheshire, 8th ed., 1970, p. 281, has suggested a test very similar to this; the author says that it would not be inappropriate to regard a tort as having occurred in any country substantially affected by the defendant's activities or its consequences and the law of which is likely to have been in the reasonable contemplation of the parties. Applying this test to a case of careless manufacture, the following rule can be formulated: where a foreign defendant carelessly manufactures a product in a foreign jurisdiction which enters into the normal channels of trade and he knows or ought to know both that as a result of his carelessness a consumer may well be injured and it is reasonably foreseeable that the product would be used or consumed where the plaintiff used or consumed it, then the forum in which the plaintiff suffered damage is entitled to exercise judicial jurisdiction over that foreign defendant. This rule recognizes the important interest a state has in injuries suffered by persons within its territory. It recognizes that the purpose of negligence as a tort is to protect against carelessly inflicted injury and thus that the predominating element is damage suffered. By tendering his products in the

préjudice a été causé. Mais, comme le juge Dickson le dit, à la p. 398:

Logiquement, il semble que s'il faut diviser un délit civil et qu'une partie se soit produite dans l'État A et une autre dans l'État B, le délit civil peut raisonnablement être considéré, aux fins de la compétence, comme s'étant produit dans les deux États ou, suivant une approche plus restrictive, dans ni l'un ni l'autre. Il est difficile de comprendre comment on peut à bon droit considérer qu'il s'est produit seulement dans l'État A.

En fin de compte, il a rejeté l'application de toute règle rigide ou mécanique pour déterminer le situs d'un délit civil. Il a plutôt adopté «un critère qualitatif et quantitatif plus flexible» en se demandant, comme on l'avait fait dans les arrêts anglais qu'il cite, s'il était [TRADUCTION] «intrinsèquement raisonnable» d'intenter l'action dans un ressort particulier ou s'il y avait, pour reprendre une autre expression, [TRADUCTION] «un lien réel et substantiel» entre le ressort et l'acte dommageable. Le juge Dickson résume son avis de la façon suivante, aux pp. 408 et 409:

Généralement parlant, pour déterminer où un délit civil a été commis, il n'est pas nécessaire, ni sage, d'avoir recours à un ensemble de règles arbitraires. Les théories du lieu de l'acte et du lieu du préjudice sont trop arbitraires et rigides pour être reconnues par la jurisprudence contemporaine. Dans l'arrêt *Distillers*, et également dans l'arrêt *Cordova*, on a fait allusion au rapport réel et substantiel. Cheshire, 8^e éd., 1970, p. 281, a proposé un critère très semblable à ça; l'auteur dit qu'il conviendrait à la rigueur de considérer un délit civil comme étant survenu dans tout pays qui a été substantiellement touché par les activités du défendeur ou par ses conséquences et dont la loi, vraisemblablement, a été raisonnablement envisagée par les parties. Appliquant ce critère à une affaire de fabrication non diligente, la règle suivante peut être formulée: lorsqu'un défendeur étranger a fabriqué de façon non diligente, dans un ressort étranger, un produit qui est entré par les voies normales du commerce, et qu'il savait ou devait savoir, à la fois, qu'un consommateur pouvait fort bien subir un dommage par suite de ce manque de diligence et qu'il était raisonnablement prévisible que le produit serait utilisé ou consommé à l'endroit où le demandeur l'a effectivement utilisé ou consommé, alors le *forum* dans lequel le demandeur subit des dommages a le droit d'exercer ses pouvoirs judiciaires sur ce défendeur étranger. Cette règle reconnaît le grand intérêt qu'un État porte aux blessures subies par ceux qui se trouvent sur son territoire. Elle reconnaît que considérer la négligence comme

market place directly or through normal distributive channels, a manufacturer ought to assume the burden of defending those products wherever they cause harm as long as the forum into which the manufacturer is taken is one that he reasonably ought to have had in his contemplation when he so tendered his goods. This is particularly true of dangerously defective goods placed in the interprovincial flow of commerce. [Emphasis added.]

Before going on, I should observe that if this Court thinks it inherently reasonable for a court to exercise jurisdiction under circumstances like those described, it would be odd indeed if it did not also consider it reasonable for the courts of another province to recognize and enforce that court's judgment. This is obvious from the fact that in *Moran* Dickson J. derived the reasonableness of his approach from the "normal distributive channels" of products and, in particular, the "interprovincial flow of commerce". If, as I stated, it is reasonable to support the exercise of jurisdiction in one province, it would seem equally reasonable that the judgment be recognized in other provinces. This is supported by the statement of Dickson J. in *Zingre*, cited *supra*, that comity is based on the common interest of both the jurisdiction giving judgment and the recognizing jurisdiction. Indeed, it is in the interest of the whole country, an interest recognized in the Constitution itself.

The above rationale is not, as I see it, limited to torts. It is interesting to observe the close parallel in the reasoning in *Moran* with that adopted by this Court in dealing with jurisdiction for the purposes of the criminal law; see *Libman*, *supra*. In particular, barring express or implied agreement, the reasoning in *Moran* is obviously relevant to contracts; indeed, the same activity can often give rise to an action for breach of contract and one in negligence; see *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147. As Professor Sharpe observes

un délit civil, c'est vouloir assurer une protection contre le préjudice infligé par manque de diligence, et donc que l'élément prédominant est le dommage subi. En mettant ses produits sur le marché directement ou par l'intermédiaire des voies normales de distribution, un fabricant doit être prêt à les défendre partout où ils causent un préjudice, à condition que le forum devant lequel il est convoqué en est un qu'il aurait dû raisonnablement envisager lorsqu'il a mis ainsi ses produits sur le marché. Ceci s'applique particulièrement aux produits défectueux placés dans le commerce interprovincial. [Je souligne.]

Avant de continuer, je veux faire remarquer que si notre Cour estime qu'il est intrinsèquement raisonnable qu'un tribunal exerce sa compétence dans des circonstances semblables à celles décrites, il serait vraiment étrange qu'elle ne trouve pas également raisonnable que les tribunaux d'une autre province reconnaissent et appliquent le jugement du premier tribunal. Cela ressort nettement du fait que, dans l'arrêt *Moran*, le juge Dickson a fait découler le caractère raisonnable de sa méthode des «voies normales de distribution» des marchandises et, plus précisément, du «commerce interprovincial». Si, comme je l'ai dit, il est raisonnable de justifier l'exercice de la compétence dans une province, il semblerait également raisonnable que le jugement soit reconnu dans les autres provinces. L'affirmation du juge Dickson dans l'arrêt *Zingre*, déjà citée, selon laquelle la courtoisie repose sur l'intérêt commun des deux ressorts, celui qui a rendu le jugement et celui qui le reconnaît, étaye cette solution. En réalité, il y va de l'intérêt de l'ensemble du pays et la Constitution elle-même reconnaît cet intérêt.

Le raisonnement qui précède ne se limite pas, selon moi, aux délits civils. Il est intéressant de remarquer la grande ressemblance entre le raisonnement de l'arrêt *Moran* et celui que notre Cour a adopté au sujet de la compétence en matière criminelle; voir l'arrêt *Libman*, précité. En particulier, sauf convention contraire expresse ou tacite, le raisonnement de l'arrêt *Moran* s'applique manifestement aux contrats; en réalité, le même acte peut souvent donner naissance à une action pour inexécution d'un contrat et à une action pour négligence; voir *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147. Ainsi que le professeur Sharpe le fait

in *Interprovincial Product Liability Litigation*, op. cit., at pp. 19-20:

It is inconsistent to permit jurisdiction in tort claims on the basis that the defendant should reasonably have foreseen that his goods would reach the plaintiff and cause damage within the jurisdiction and, on the other hand, to refuse service out of the jurisdiction in contractual actions where the defendant clearly knows that his goods are going to the foreign jurisdiction.

Turning to the present case, it is difficult to imagine a more reasonable place for the action for the deficiencies to take place than Alberta. As noted earlier, the properties were situate in Alberta, and the contracts were entered into there by parties then both resident in the province. Moreover, deficiency actions follow upon foreclosure proceedings, which should obviously take place in Alberta, and the action for the deficiencies cries out for consolidation with the foreclosure proceedings in some manner similar to a Rice Order. A more "real and substantial" connection between the damages suffered and the jurisdiction can scarcely be imagined. In my view, the Alberta court had jurisdiction, and its judgment should be recognized and be enforceable in British Columbia.

I am aware, of course, that the possibility of being sued outside the province of his residence may pose a problem for a defendant. But that can occur in relation to actions *in rem* now. In any event, this consideration must be weighed against the fact that the plaintiff under the English rules may often find himself subjected to the inconvenience of having to pursue his debtor to another province, however just, efficient or convenient it may be to pursue an action where the contract took place or the damage occurred. It seems to me that the approach of permitting suit where there is a real and substantial connection with the action provides a reasonable balance between the rights of the parties. It affords some protection against being pursued in jurisdictions having little or no connection with the transaction or the parties. In a world where even the most familiar things we buy and sell originate or are manufactured elsewhere, and where people are constantly moving from

remarquer, dans *Interprovincial Product Liability Litigation*, op. cit., aux pp. 19 et 20:

[TRADUCTION] Il est illogique, d'une part, de conférer compétence au tribunal dans une action pour délit civil parce que le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que ses marchandises parviendraient au demandeur et lui causeraient un préjudice dans le ressort dudit tribunal et, d'autre part, de refuser la signification hors du ressort dans des actions en matière contractuelle lorsque le défendeur savait certainement que ses marchandises seraient expédiées dans le ressort étranger.

Pour ce qui est de l'espèce, il est difficile d'imaginer un endroit plus raisonnable que l'Alberta pour tenter l'action sur solde de créance. Comme je l'ai déjà indiqué, les biens-fonds étaient situés en Alberta et les contrats y ont été conclus par des parties qui résidaient l'une et l'autre dans cette province. De plus, l'action sur solde de créance fait suite aux procédures de forclusion, qui devaient manifestement avoir lieu en Alberta, et l'action sur solde de créance devrait être jointe aux procédures de forclusion à la manière d'une ordonnance de type Rice. On peut difficilement imaginer un lien plus «réel et substantiel» entre le préjudice subi et le ressort. À mon avis, le tribunal de l'Alberta avait compétence et son jugement devrait être reconnu et exécuté en Colombie-Britannique.

Je me rends naturellement compte que la possibilité d'être poursuivi hors de sa province de résidence comporte des risques pour un défendeur. Cependant, la chose peut déjà se produire à l'égard des actions *in rem*. De toute façon, il faut évaluer cet aspect en regard du fait qu'en vertu des règles anglaises, le demandeur risque souvent d'avoir à poursuivre son débiteur dans une autre province, quelle que soit la justice, l'efficacité ou la commodité qu'il puisse y avoir d'intenter l'action à l'endroit où le contrat a été formé ou à l'endroit où le préjudice est survenu. Il me semble qu'en adoptant la méthode qui permet de poursuivre à l'endroit qui a un lien réel et substantiel avec l'action, on établit un équilibre raisonnable entre les droits des parties. Cela fournit une certaine protection contre le danger d'être poursuivi dans des ressorts qui n'ont que peu ou pas de lien avec l'opération ou les parties. Dans un monde où les objets les plus courants qu'on achète ou qu'on vend viennent

province to province, it is simply anachronistic to uphold a "power theory" or a single situs for torts or contracts for the proper exercise of jurisdiction.

The private international law rule requiring substantial connection with the jurisdiction where the action took place is supported by the constitutional restriction of legislative power "in the province". As Guérin J. observed in *Dupont v. Taronga Holdings Ltd.* (1986), 49 D.L.R. (4th) 335 (Que. Sup. Ct.), at p. 339, [TRANSLATION] "In the case of service outside of the issuing province, service *ex juris* must measure up to constitutional rules." The restriction to the province would certainly require at least minimal contact with the province, and there is authority for the view that the contact required by the Constitution for the purposes of territoriality is the same as required by the rule of private international law between sister-provinces. That was the view taken by Guérin J. in *Taronga* where, at p. 340, he cites Professor Hogg, *op. cit.*, at p. 278, as follows:

In *Moran v. Pyle*, Dickson J. emphasized that the "sole issue" was whether Saskatchewan's rules regarding jurisdiction based on service *ex juris* had been complied with. He did not consider whether there were constitutional limits on the jurisdiction which could be conferred by the Saskatchewan Legislature on the Saskatchewan courts. But the rule which he announced could serve satisfactorily as a statement of the constitutional limits of provincial-court jurisdiction over defendants outside the province, requiring as it does a substantial connection between the defendant and the forum province of a kind which makes it reasonable to infer that the defendant has voluntarily submitted himself to the risk of litigation in the courts of the forum province.

I must confess to finding this approach attractive, but as I noted earlier, the case was not argued in constitutional terms and it is unnecessary to pronounce definitively on the issue. In another passage cited by Guérin J. (at p. 341), Professor Hogg (at pp. 278-79) observes that this is similar to the position taken in the United States through the instrumentality of the Due Process clause of the

d'ailleurs ou sont fabriqués ailleurs et où des gens déménagent constamment d'une province à l'autre, il est tout bonnement anachronique de s'en tenir à une «théorie de la capacité d'exécution» ou à un seul situs des délits civils ou des contrats pour l'exercice convenable de compétence.

La limitation «à la province» de la compétence constitutionnelle de légiférer étaye la règle de droit international privé qui exige l'existence d'un lien substantiel avec le ressort où l'acte s'est produit. Ainsi que le juge Guérin l'a fait observer dans l'arrêt *Dupont c. Taronga Holdings Ltd.*, [1987] R.J.Q. 124 (C.S.), à la p. 127: «Dans les cas de signification hors de la province émettrice, la signification *ex-juris* doit être confrontée aux règles constitutionnelles». La limitation à la province exige certainement un lien minimal avec la province et il existe des sources qui appuient la proposition que le rapport exigé par la Constitution pour les fins de la territorialité est le même que celui qu'exige la règle de droit international privé entre les provinces du pays. C'est là l'avis exprimé par le juge Guérin dans l'arrêt *Taronga*, quand, à la p. 128, il cite le professeur Hogg, *op. cit.*, à la p. 278:

[TRANSLATION] Dans l'arrêt *Moran c. Pyle*, le juge Dickson souligne que la «seule question» en litige était de savoir si les règles de la Saskatchewan relatives à la compétence fondée sur la signification *ex juris* avaient été respectées. Il n'a pas examiné s'il y avait des restrictions constitutionnelles à la compétence que l'assemblée législative de la Saskatchewan pouvait conférer aux tribunaux de cette province. Cependant, la règle qu'il a énoncée pourrait bien servir de formulation des limites constitutionnelles de la compétence d'un tribunal provincial sur les défendeurs résidant hors de la province, puisqu'elle exige qu'il y ait, entre le défendeur et le tribunal de la province, un lien qui soit substantiel et qui permette de conclure raisonnablement que le défendeur a volontairement assumé le risque d'être poursuivi devant les tribunaux de cette province.

Je dois admettre que je trouve cette façon de voir intéressante, mais comme je l'ai déjà mentionné, l'affaire n'a pas été plaidée sur le plan constitutionnel et il n'est pas nécessaire de nous prononcer de façon définitive sur ce sujet. Dans un autre passage que le juge Guérin cite (à la p. 128), le professeur Hogg (aux pp. 278 et 279) fait remarquer que cela ressemble à la position adoptée aux

Constitution of the United States; see *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Whether the Canadian counterpart to the due process clause, s. 7 of the *Charter*, though not made expressly applicable to property, might, at least in certain circumstances, play a role is also unnecessary to determine.

There are as well other discretionary techniques that have been used by courts for refusing to grant jurisdiction to plaintiffs whose contact with the jurisdiction is tenuous or where entertaining the proceedings would create injustice, notably the doctrine of *forum non conveniens* and the power of a court to prevent an abuse of its process; for a recent discussion, see Elizabeth Edinger, "Discretion in the Assumption and Exercise of Jurisdiction in British Columbia" (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 1.

There may also be remedies available to the recognizing court that may afford redress to the defendant in certain cases such as fraud or conflict with the law or public policy of the recognizing jurisdiction. Here, too, there may be room for the operation of s. 7 of the *Charter*. None of these questions, however, are relevant to the facts of the present case and I have not given them consideration.

Relevance of Reciprocal Enforcement Legislation

I turn finally to an argument faintly pressed by the appellant, namely that the Legislature of British Columbia, like that of other provinces, appears to have recognized the judicial rules as adopted in *Symon, supra*, in the *Court Order Enforcement Act*, R.S.B.C. 1979, c. 75, and no addition can, therefore, properly be made to the grounds there stated. In particular, counsel drew attention to s. 31(6) and especially para. (b) thereof. Section 31(6) reads as follows:

États-Unis en vertu de la disposition relative à l'application régulière de la loi de la Constitution des États-Unis; voir *International Shoe Co. v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945). Il n'est pas nécessaire non plus de déterminer si l'équivalent canadien de la disposition relative à l'application régulière de la loi, c'est-à-dire l'art. 7 de la *Charte*, pourrait, dans certaines circonstances au moins, jouer un rôle même si cet article n'est pas expressément applicable aux biens.

Il existe aussi d'autres techniques discrétionnaires auxquelles les tribunaux ont eu recours pour refuser d'exercer leur compétence à l'égard de demandeurs qui n'avaient qu'un lien ténu avec le ressort, ou dans des situations où permettre les procédures aurait créé une injustice. Parmi ces techniques, il y a la théorie du *forum non conveniens* et le pouvoir du tribunal d'empêcher le recours abusif à ses procédures; on trouvera une étude récente de ce sujet dans Elizabeth Edinger, «Discretion in the Assumption and Exercise of Jurisdiction in British Columbia» (1982), 16 *U.B.C. L. Rev.* 1.

Il peut aussi y avoir des réparations que le tribunal à qui la reconnaissance d'un jugement est demandée peut accorder à un défendeur dans certaines circonstances, comme lorsqu'il y a fraude ou conflit avec le droit ou l'intérêt public du ressort où la reconnaissance du jugement est demandée. Là encore, il peut y avoir possibilité d'application de l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, aucune de ces questions n'est pertinente aux faits de l'espèce et je ne les ai pas examinées.

Pertinence des dispositions législatives sur l'exécution réciproque des jugements

Je traiterai enfin d'un moyen à peine invoqué par l'appelant, savoir que l'assemblée législative de la Colombie-Britannique, comme celles d'autres provinces, paraît avoir entériné les règles énoncées dans l'arrêt *Symon*, précité, dans la *Court Order Enforcement Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 75, et qu'il est donc impossible d'invoquer d'autres motifs que ceux qui y sont mentionnés. Plus précisément, l'avocat a mentionné le par. 31(6), plus particulièrement l'al. 31(6)b) de cette loi. Le paragraphe 31(6) est ainsi conçu:

31. . . .

(6) No order for registration shall be made if the court to which application for registration is made is satisfied that

- (a) the original court acted either
 - (i) without jurisdiction under the conflict of laws rules of the court to which application is made; or
- (b) the judgment debtor, being a person who was neither carrying on business nor ordinarily resident in the state of the original court, did not voluntarily appear or otherwise submit during the proceedings to the jurisdiction of that court;

There is a short answer to this argument. The *Reciprocal Enforcement of Judgments Acts* in the various provinces were never intended to alter the rules of private international law. They simply provided for the registration of judgments as a more convenient procedure than was formerly available, i.e. by bringing an action to enforce a judgment given in another province; see *First City Capital Ltd. v. Winchester Computer Corp.*, [1987] 6 W.W.R. 212 (Sask. C.A.). This is in fact made clear by s. 40 of the British Columbia Act which provides that nothing in the Act deprives a judgment creditor from bringing an action for enforcement of a judgment. There is nothing, then, to prevent a plaintiff from bringing such an action and thereby taking advantage of the rules of private international law as they may evolve over time.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Croft & Bjurman, North Vancouver.

Solicitors for the respondents: Lawrence & Shaw, Vancouver.

[TRADUCTION] **31. . . .**

(6) Nulle ordonnance d'inscription ne sera rendue si le tribunal auquel la demande d'inscription est présentée est convaincu que

- a) le premier tribunal a agi
 - (i) sans compétence en vertu des règles de droit international privé applicables au tribunal auquel la demande est faite; ou
- b) le débiteur en vertu du jugement, qui ne fait pas affaires et ne réside pas ordinairement dans le ressort du premier tribunal, n'a pas volontairement comparu ni ne s'est, par ailleurs, soumis à la compétence du tribunal pendant les procédures;

On peut répondre brièvement à ce moyen. Les lois sur l'exécution réciproque des jugements des différentes provinces n'ont jamais visé à modifier les règles du droit international privé. Elles permettent simplement l'inscription des jugements comme procédure plus commode que la procédure antérieurement applicable, c'est-à-dire celle qui consistait à intenter une action en exécution d'un jugement rendu dans une autre province; voir *First City Capital Ltd. v. Winchester Computer Corp.*, [1987] 6 W.W.R. 212 (C.A. Sask.). Cela ressort clairement de l'art. 40 de la loi de la Colombie-Britannique qui prévoit que rien dans la Loi n'empêche un créancier, en vertu d'un jugement, d'intenter une action en exécution d'un jugement. Il n'y a rien alors qui empêche un demandeur d'intenter pareille action et de se prévaloir ainsi des règles du droit international privé telles qu'elles peuvent évoluer avec le temps.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Croft & Bjurman, North Vancouver.

Procureurs des intimées: Lawrence & Shaw, Vancouver.

Central Western Railway Corporation
Appellant

v.

United Transportation Union, the Brotherhood of Maintenance of Way Employees, Canadian Signal and Communications Union, Brotherhood of Locomotive Engineers and Canada Labour Relations Board *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta *Interveners*

INDEXED AS: UNITED TRANSPORTATION UNION v. CENTRAL WESTERN RAILWAY CORP.

File No.: 20802.

1990: April 30; 1990: December 20.

Present: Chief Justice Dickson* and Chief Justice Lamer** and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Division of powers — Federal work or undertaking — Labour relations — CN rail subdivision incorporated as intraprovincial railway — Railway continuing to transport grain and to deliver to CN and export network — Whether employees subject to federal or provincial labour legislation — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.

Labour law — Jurisdiction — CN rail subdivision incorporated as intraprovincial railway — Railway continuing to transport grain and to deliver to CN and export network — Whether employees subject to federal or provincial labour legislation.

Central Western operates a 165 km. railway line located entirely within Alberta. The line had been purchased from CN with its financial assistance: CN had been trying to secure approval for the abandonment of the line over the course of two decades. The line was

* Chief Justice at the time of judgment.

** Chief Justice at the time of hearing.

Central Western Railway Corporation
Appelante

c.

a Travailleurs unis des transports, la Fraternité des préposés à l'entretien des voies, Syndicat canadien des signaleurs et des employés des communications, Fraternité des ingénieurs de locomotives et Conseil canadien des relations du travail *Intimés*

b

et

c Le procureur général du Québec et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: TRAVAILLEURS UNIS DES TRANSPORTS c. CENTRAL WESTERN RAILWAY CORP.

N° du greffe: 20802.

d

1990: 30 avril; 1990: 20 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef Lamer** et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

e

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

f Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Ouvrage ou entreprise de compétence fédérale — Relations du travail — Subdivision ferroviaire de CN constituée en chemin de fer intraprovincial — Ce chemin de fer continue à transporter du grain et à le livrer au CN et au réseau d'exportation — Les employés sont-ils assujettis à la législation fédérale en matière de relations du travail ou à la législation provinciale? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.

g Droit du travail — Compétence — Subdivision ferroviaire de CN constituée en chemin de fer intraprovincial — Ce chemin de fer continue à transporter du grain et à le livrer au CN et au réseau d'exportation — Les employés sont-ils assujettis à la législation fédérale en matière de relations du travail ou à la législation provinciale?

i

Central Western exploite une voie ferrée de 165 kilomètres située entièrement dans les limites de l'Alberta. Elle avait acheté la voie au CN avec l'aide financière de ce dernier. CN essayait depuis 20 ans d'obtenir l'autorisation d'abandonner la voie ferrée en question. Cette

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

joined to the CN rail network at one point but was separated by a four-inch gap and a locked derailling device which was controlled by CN.

Central Western serves the grain industry. It arranges for the use of government-owned grain cars and sees to the delivery of the cars to CN track for onward shipping. (CN does not run trains or cars on Central Western track.) The grain is then sent on to market via CN track to Vancouver. Federally regulated grain handling agencies and export channels are used.

The eight employees of Central Western are members of unions which had national collective agreements with CN. They filed an application with the Canada Labour Relations Board for an order that there had been a sale of the rail line which was governed by the *Canada Labour Code*. A successful application would bind the appellant to the unions' agreements with CN. The application was granted. An application to the Federal Court of Appeal under s. 28 of the *Federal Court Act* was dismissed. The constitutional questions before this Court queried whether the *Canada Labour Code* was constitutionally applicable to the short railway line owned and operated by Central Western.

It was unnecessary to address the matter of s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. Prior to the hearing in this appeal, the federal government passed legislation, retroactive to July 1, 1986, which operated to withdraw any s. 92(10)(c) declarations that might exist with respect to Central Western.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: There are two ways in which Central Western may be found to fall within federal jurisdiction and thus be subject to the *Canada Labour Code*. First, it may be seen as an interprovincial railway and therefore come under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, as a federal work or undertaking. Second, if the appellant can be properly viewed as integral to an existing federal work or undertaking it would be subject to federal jurisdiction under s. 92(10)(a). These two approaches, though not unrelated, are distinct from one

voie se raccorde au réseau ferroviaire de CN en un endroit mais en est séparé par un écart de quatre pouces créé au moyen d'un dérailleur verrouillé en position ouverte que commande CN.

a Central Western dessert l'industrie céréalière. Elle veille à la mise à disposition de wagons à grain appartenant au gouvernement et assure la livraison des wagons à la voie de CN en vue de leur acheminement. (Ni trains ni wagons de CN ne circulent sur la voie de Central Western.) Le grain parvient ensuite sur le marché après avoir été expédié à Vancouver sur les voies de CN. On recourt à cette fin à des organismes de manutention du grain et à des moyens d'exportation qui relèvent du fédéral.

c Les huit employés de Central Western appartiennent à des syndicats qui ont conclu des conventions collectives nationales avec CN. Ils ont déposé auprès du Conseil canadien des relations du travail une demande tendant à l'obtention d'une ordonnance portant que la voie ferrée en question avait fait l'objet d'une vente régie par le *Code canadien du travail*. Si on faisait droit à cette demande, l'appelante serait liée par les conventions collectives que les syndicats avaient signées avec CN. La demande a été accueillie. La Cour d'appel fédérale a rejeté une demande fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*. La Cour est appelée à décider la question constitutionnelle de savoir si le *Code canadien du travail* est constitutionnellement applicable à la ligne de chemin de fer secondaire dont Central Western est propriétaire et qu'elle gère.

Il est inutile d'examiner la question concernant l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Antérieurement à l'audience dans le présent pourvoi, le gouvernement fédéral a adopté une loi ayant effet rétroactif à partir du 1^{er} juillet 1986, qui retirait toute déclaration visée à l'al. 92(10)c) dont pouvait faire l'objet Central Western.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: Il y a deux façons dont Central Western peut être considérée comme relevant de la compétence fédérale et, partant, du *Code canadien du travail*. Premièrement, on peut considérer qu'il s'agit d'un chemin de fer interprovincial qui tombe en conséquence dans le champ d'application de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à titre d'ouvrage ou d'entreprise de compétence fédérale. Deuxièmement, si l'on peut à bon droit voir l'appelante comme faisant partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à

another. For the former, the emphasis must be on determining whether the railway is itself an interprovincial work or undertaking. Under the latter, however, jurisdiction is dependent upon a finding that regulation of the subject matter in question is integral to a core federal work or undertaking.

Railways, by their nature, form a network across provincial and national boundaries. As a consequence, purely local railways may very well “touch”, either directly or indirectly, upon a federally regulated work or undertaking. That fact alone, however, cannot reasonably be sufficient to turn the local railway into an interprovincial work or undertaking within the meaning of s. 92(10)(a).

A close commercial relationship exists between Central Western and CN. Central Western is only connected with CN and the various contractual arrangements between the two railways added to the physical connection. These factors, however, did not show that CN operated Central Western. The sale of Central Western resulted in a fundamental change in the management of the rail line, most notably, in the daily control of the business of the rail line. CN exercises no control over the running of the rail line, making it difficult to view Central Western as a federal work or undertaking.

Something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship with a federal work or undertaking is required for a company to fall under federal jurisdiction. The requisite degree of integration was absent on these facts, and consequently, Central Western was not integral to any federal work or undertaking.

Dependence of a core federal work or undertaking upon a group of workers tends to support federal jurisdiction over those workers. The first task is to identify a core federal work or undertaking in relation to which Central Western might conceivably be seen as integral. Three were identified here: CN, the grain elevators found along the railway, and the “Western Grain Transportation Network”.

caractère fédéral qui existe déjà, elle relève de la compétence fédérale suivant l'al. 92(10)a). Ces deux approches, en dépit de leur connexité, sont distinctes l'une de l'autre. Dans le premier cas, il s'agit surtout de déterminer si le chemin de fer constitue en lui-même un ouvrage ou une entreprise à caractère interprovincial. Dans le second cas, cependant, la compétence tient à une conclusion que la réglementation de la matière en question fait partie intégrante d'une entreprise fédérale principale.

b De par leur nature, les chemins de fer forment un réseau qui s'étend au-delà des frontières provinciales et nationales. Cela étant, des chemins de fer purement locaux peuvent fort bien «toucher», directement ou indirectement, un ouvrage ou une entreprise assujettis à une réglementation fédérale. Ce seul fait ne peut toutefois raisonnablement suffire pour faire du chemin de fer local un ouvrage ou une entreprise à caractère interprovincial au sens de l'al. 92(10)a).

d Il existe des rapports commerciaux étroits entre Central Western et CN. La voie de Central Western ne se raccorde qu'à celle de CN et les différents contrats subsistant entre les deux compagnies de chemin de fer confirment l'existence d'un lien matériel entre elles. Ces facteurs n'établissent cependant pas que la voie de Central Western est exploitée par CN. La vente de cette voie a entraîné un changement fondamental dans la gestion de celle-ci, différence qui se manifeste principalement dans la gestion quotidienne des affaires reliées à la voie en question. CN n'exerce aucun contrôle sur l'exploitation du chemin de fer Central Western, tant et si bien qu'on peut difficilement considérer celui-ci comme un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale.

g Il en faut davantage que l'existence d'un lien matériel et des relations commerciales mutuellement avantageuses avec un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral pour qu'une compagnie soit assujettie à la compétence fédérale. Les faits de l'espèce n'établissent pas le degré d'intégration requis et, par conséquent, le chemin de fer Central Western ne fait pas partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral.

i Le fait qu'une entreprise fédérale principale dépend d'un groupe de travailleurs tend à confirmer la compétence fédérale à l'égard de ces derniers. La première tâche consiste à identifier une entreprise fédérale principale dont Central Western pourrait être considérée comme faisant partie intégrante. On en a identifié trois en l'espèce: CN, les élévateurs à grain situés le long du chemin de fer et le «réseau de transport du grain de l'Ouest».

If work occurs simultaneously between the two enterprises functional integration may exist. This temporal integration does not exist, however, between Central Western and CN as each operates independently within its own sphere. Further, Central Western's employees worked wholly within Alberta and in the normal course of affairs had no occasion to travel beyond that province in a working capacity. Finally, CN was in no way dependent on Central Western's services and would not be severely disadvantaged if the Central Western's employees failed to perform their usual tasks.

Central Western was not essential to the operation of the grain elevators located along the rail line. Elevators exist to receive, grade, handle and store grain but are not directly concerned with the transportation of grain. Grain could be transported from the elevators by alternative means, such as trucking, without altering the usefulness of the elevators along the line. There is an insufficient nexus between the grain elevators and Central Western to bring the railway within federal jurisdiction.

The term "Western Grain Transportation Network" was a "catch all" phrase for the array of federal regulatory powers relating to the movement of grain in Canada. Such a network, however, does not exist for the purposes of the jurisdictional designation of the Central Western. The fact that several entities involved in the transport of grain fall under federal jurisdiction cannot on its own serve to bring everything connected with that industry under federal jurisdiction. Parliament cannot expand its legislative jurisdiction in this manner.

Per Wilson J. (dissenting): Central Western, while not itself a federal work or undertaking, is integrally connected with CN and its labour relations are therefore subject to the *Canada Labour Code*.

The concept of operational integration more completely and coherently accounts for the existing jurisprudence concerning federal authority over labour relations than does dependency of federal enterprises on "subsidiary" provincial operations which is merely a narrower articulation of the test of operational integration. It strikes a realistic balance between allowing sufficient federal authority over labour relations to avoid patchwork regulation over interprovincial and national industries and protecting provincial jurisdiction in the labour

Si les deux entreprises se livrent simultanément et conjointement à certaines activités, il peut y avoir intégration fonctionnelle. Cette intégration temporelle n'existe cependant pas entre Central Western et CN, car chacune de ces entreprises fonctionne indépendamment dans son propre champ d'activité. De plus, les employés de Central Western travaillent exclusivement en Alberta et ne sont pas appelés dans le cours normal des affaires à voyager à l'extérieur de cette province pour s'acquitter de leurs fonctions. En dernier lieu, CN ne dépend d'aucune manière des services de Central Western et ne subirait aucun inconvénient grave si les employés de Central Western n'accomplissaient pas leurs tâches habituelles.

Central Western n'est pas essentiel à l'exploitation des élévateurs à grain situés le long de la voie ferrée en cause. Les élévateurs servent à la réception, au classement, à la manutention et à l'entreposage du grain mais ne jouent aucun rôle direct dans son transport. On pourrait en effet avoir recours à d'autres moyens, à des camions par exemple, pour assurer l'acheminement du grain depuis les élévateurs, sans que cela nuise à l'utilité des élévateurs se trouvant le long du chemin de fer. Le lien entre les élévateurs à grain et Central Western est donc insuffisant pour faire relever celui-ci de la compétence fédérale.

L'expression «réseau de transport du grain de l'Ouest» est un «fourre-tout» comprenant l'ensemble des pouvoirs réglementaires fédéraux se rapportant au transport du grain au Canada. Pour les fins de la détermination de la compétence sur Central Western, il n'existe cependant pas de tel réseau. Le fait que plusieurs entités participant au transport du grain relèvent de la compétence fédérale ne suffit pas en soi pour que tout ce qui se rattache à cette industrie soit assujéti à la compétence fédérale. Le Parlement ne peut étendre de cette manière sa compétence législative.

Le juge Wilson (dissidente): Central Western, bien que ne constituant pas elle-même un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale, fait partie intégrante de CN, de sorte que les relations du travail y relèvent du *Code canadien du travail*.

Le concept d'intégration fonctionnelle explique de façon plus complète et plus cohérente la jurisprudence relative à la compétence fédérale sur les relations du travail que ne le fait la notion de la dépendance des entreprises fédérales à l'égard d'entreprises provinciales «accessoires», notion qui ne constitue qu'une formulation de portée plus étroite du critère de l'intégration fonctionnelle. Ce concept établit donc un équilibre réaliste entre l'attribution au fédéral d'une compétence suffisante sur les relations du travail pour éviter le morcelle-

field from undue encroachment. The test must be applied in relation to a single federal work or undertaking. The interrelationship between Central Western and the "Western Grain Transportation Network", which encompassed several federal works or undertakings, could not be considered.

The primary entity to which Central Western is operationally integrated is CN. The analysis of their interrelationship need not be performed in an abstract and acontextual fashion. The entire set of circumstances should be considered, including CN's nature as a going concern, Central Western's nature as a going concern and the connections existing between their operations.

CN, as a "going concern", was an interprovincial railway under an intricate and extensive federal regime. Central Western, a former subdivision of CN, was connected via the intraprovincial rail network and was almost exclusively concerned with the transportation of export grain. The agreements between Central Western and CN clearly demonstrated an ongoing connection between the two operations. These involved sharing the business as to the available grain to be transported (as determined by the Grain Transport Agency), the profits, and the cost and maintenance of some of the physical facilities. The maintenance work on the interchange between the two lines was to be done by employees to be the joint employees of both companies. Under such circumstances Central Western's employees should not fall under a different statutory regime governing their labour relations than CN's.

The relationship between Central Western and CN did not turn solely on a contract of carriage. Both were engaged in the transportation of export grain, were under public duty to perform this function, were carrying out this enterprise for the Grain Transportation Agency, were using the same government-owned box-cars, and were paid the same amount by the same authority. Lack of co-ordination of work was a neutral factor. Opportunities for the simultaneous performance of work were limited because of the nature of the operation of the line and therefore employee integration was not a relevant factor. The nature and extent of employee contact was not altered by or since the sale.

ment de la réglementation des industries interprovinciales et nationales et la protection de la compétence des provinces en matière de travail contre un trop grand empiétement. Le critère doit être appliqué par rapport à un seul ouvrage ou à une seule entreprise à caractère fédéral. Il n'est pas permis de tenir compte des liens existant entre Central Western et le «réseau de transport du grain de l'Ouest», lequel englobe plusieurs ouvrages ou entreprises de compétence fédérale.

L'entité principale à laquelle Central Western est fonctionnellement intégrée est CN. Il n'est pas nécessaire que l'examen de leurs rapports se fasse dans l'abstract et hors contexte. On doit tenir compte de toutes les circonstances, dont notamment la nature de CN en tant qu'entreprise active, la nature de Central Western en tant qu'entreprise active et les liens existant entre leurs opérations.

CN en tant qu'«entreprise active» est un chemin de fer interprovincial assujéti à un régime fédéral à la fois complexe et de vaste portée. Central Western, une ancienne subdivision de CN, y est rattachée à l'intérieur du réseau ferroviaire intraprovincial, et elle sert presque exclusivement au transport de grain pour l'exportation. Les contrats intervenus entre Central Western et CN révèlent clairement le caractère permanent des liens entre les deux entreprises. Cela se traduit par le partage du travail représenté par le grain à transporter (dont la quantité est établie par l'Office du transport du grain), le partage des profits et le partage des coûts et de l'entretien reliés à certaines installations matérielles. Les travaux d'entretien de l'installation de correspondance entre les deux voies s'effectuent par des employés considérés comme travaillant pour les deux compagnies. Dans ces circonstances, les employés de Central Western ne devraient pas, en ce qui concerne leurs relations du travail, être soumis à un régime légal différent de celui qui s'applique aux employés de CN.

Le lien entre Central Western et CN ne tient pas uniquement à l'existence d'un contrat de transport. Les deux compagnies se livrent au transport du grain destiné à l'exportation, ont une obligation de droit public de remplir ce rôle, exploitent cette entreprise pour l'Office de transport du grain, utilisent les mêmes wagons appartenant au gouvernement et reçoivent des paiements identiques versés par le même organisme. L'absence de coordination du travail est un facteur neutre. À cause de la nature des opérations exécutées sur la voie ferrée en question, les occasions d'exécution simultanée du travail sont limitées et l'intégration des employés n'est donc pas un facteur pertinent. La nature et l'étendue des contacts des employés n'ont pas été modifiées par la vente, ni depuis celle-ci.

The whole fabric of grain transportation, which is an area of massive federal regulation, would be unravelled if this Court were to hold Central Western's employees to be within provincial jurisdiction. Well-established bargaining patterns and the public interest must be considered and protected by insulating certain sectors of the economy from the disruptive potential of industrial strife. Dividing up labour relations jurisdiction would deprive Parliament of the ability to keep grain flowing in times of industrial unrest and wreak havoc with Parliament's intention to control the transportation of export grain.

Characterizing Central Western's labour relations as falling within federal authority gave effect to the policy articulated by both governments that organized workplaces should not lose the rights they have gained upon a transfer of the business for which they are employed. The Constitution should not be applied in a manner which would defeat this policy.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Considered: *British Columbia Electric Ry. Co. v. Canadian National Ry. Co.*, [1932] S.C.R. 161; *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 955; *National Energy Board (Re)*, [1988] 2 F.C. 196; *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174; **distinguished:** *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada (No. 2)*, [1983] 1 S.C.R. 733; **referred to:** *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754.

By Wilson J. (dissenting)

Toronto Electric Commissioners v. Snider, [1925] A.C. 396; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada (No. 2)*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529; *Letter Carriers' Union of*

Tout le système du transport du grain, domaine faisant l'objet d'une réglementation fédérale massive, croulerait si la Cour concluait que les employés de Central Western relevaient de la compétence provinciale. Les pratiques bien établies en matière de négociations et l'intérêt public doivent être pris en considération et protégés, ce qu'on fait en soustrayant certains secteurs de l'économie aux effets perturbateurs que peuvent avoir les conflits de travail. La division de la compétence en matière de relations du travail mettrait le Parlement dans l'impossibilité d'assurer le transport du grain dans le cas d'un conflit de travail et contrecarrerait son intention de régir le transport du grain destiné à l'exportation.

En concluant que les relations du travail de Central Western relèvent de la compétence fédérale, on applique la politique, énoncée par les deux paliers de gouvernement, selon laquelle la cession de l'entreprise qui les emploie ne doit pas faire perdre aux ouvriers syndiqués leurs droits acquis. Il ne faut pas appliquer la Constitution d'une manière qui fasse échec à cette politique.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts examinés: *British Columbia Electric Ry. Co. v. Canadian National Ry. Co.*, [1932] R.C.S. 161; *Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique*, [1974] R.C.S. 955; *Office national de l'énergie (Re)*, [1988] 2 C.F. 196; *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174; **distinction d'avec les arrêts:** *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225; *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529; *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada (n° 2)*, [1983] 1 R.C.S. 733; **arrêts mentionnés:** *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

Toronto Electric Commissioners v. Snider, [1925] A.C. 396; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada (n° 2)*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529;

- Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178; *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1)*, [1980] 1 S.C.R. 115; *Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 S.C.R. 498; *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754; *In re Cannel Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174; *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674; *General Teamsters v. Consolidated Fastfrate Ltd.* (1976), 76 C.L.L.C. ¶ 16,004; *MIS (Canada) Holdings Ltd.*, [1987] O.L.R.B. Rep. 865; *Loomis Messenger Service*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1131; *CTG Telecommunications Systems, Inc.* (1985), 10 C.L.R.B.R. (NS) 231; *Inter-City Truck Lines (Canada) Inc.*, [1979] 3 Can. L.R.B.R. 40; *Kuehne & Nagel Int'l Ltd.*, [1979] 1 Can. L.R.B.R. 156.
- Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1)*, [1980] 1 R.C.S. 115; *Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498; *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754; *In re Cannel Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174; *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674; *General Teamsters v. Consolidated Fastfrate Ltd.* (1976), 76 C.L.L.C. ¶ 16,004; *MIS (Canada) Holdings Ltd.*, [1987] O.L.R.B. Rep. 865; *Loomis Messenger Service*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1131; *CTG Telecommunications Systems, Inc.* (1985), 10 C.L.R.B.R. (NS) 231; *Inter-City Truck Lines (Canada) Inc.*, [1979] 3 Can. L.R.B.R. 40; *Kuehne & Nagel Int'l Ltd.*, [1979] 1 Can. L.R.B.R. 156.

Statutes and Regulations Cited

- Act to amend The Industrial Disputes Investigation Act, 1907*, S.C. 1925, c. 14.
Act to amend the Railway Act, S.C. 1990, c. 6.
Canada Grain Act, R.S.C., 1985, c. G-10.
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1, ss. 2, 4, 108, 144.
Canadian National Railways Act, R.S.C. 1970, c. C-10, s. 18(1).
Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24, s. 45.
Central Western Railway Corporation Act, S.A. 1984, c. 71.
Constitution Act, 1867, ss. 91(5), (29), 92(10)(a), (c), (13).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Labour Relations Code, S.A. 1988, c. L-12, s. 44.
Prohibition Order No. 17, P.C. 1980-84.
Prohibition Order No. 19, P.C. 1980-251.
Prohibition Order No. 22, P.C. 1984-4047.
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 6(1)(c).
Western Grain Stabilization Act, R.S.C., 1985, c. W-7.
Western Grain Transportation Act, R.S.C., 1985, c. W-8.

Authors Cited

- Scott, F. R. "Federal Jurisdiction Over Labour Relations — A New Look" (1960), 6 *McGill L.J.* 153.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1988), 47 D.L.R. (4th) 161, dismissing an appeal from a judgment of the Canada Labour

Lois et règlements cités

- Central Western Railway Corporation Act*, S.A. 1984, ch. 71.
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1, art. 2, 4, 108, 144.
Décret d'interdiction n° 17, C.P. 1980-84.
Décret d'interdiction n° 19, C.P. 1980-251.
Décret d'interdiction n° 22, C.P. 1984-4047.
Labour Relations Code, S.A. 1988, ch. L-12, art. 44.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(5), (29), 92(10)(a), (c), (13).
Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest, L.R.C. (1985), ch. W-7.
Loi modifiant la Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907, S.C. 1925, ch. 14.
Loi modifiant la Loi sur les chemins de fer, L.C. 1990, ch. 6.
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 45.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10, art. 28.
Loi sur le transport du grain de l'Ouest, L.R.C. (1985), ch. W-8.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 6(1)(c).
Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-10, art. 18(1).
Loi sur les grains du Canada, L.R.C. (1985), ch. G-10.

i Doctrine citée

- Scott, F. R. «Federal Jurisdiction Over Labour Relations — A New Look» (1960), 6 *McGill L.J.* 153.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1988), 47 D.L.R. (4th) 161, qui a rejeté un appel d'un jugement du Conseil canadien des

Relations Board. Appeal allowed, Wilson J. dissenting.

T. W. Wakeling and *G. D. Chipeur*, for the appellant.

Douglas Wray, for the respondents United Transportation Union, the Brotherhood of Maintenance of Way Employees and Canadian Signal and Communications Union.

Robert E. Houston, Q.C., for the respondent Brotherhood of Locomotive Engineers.

V. L. Marleau, for the respondent Canada Labour Relations Board.

No one appearing for the intervener the Attorney General of Quebec.

W. Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

DICKSON C.J.—The issue in this appeal is whether the provincial or the federal government has jurisdiction, for the purposes of labour relations, over a 105 mile railway line situated wholly within the province of Alberta. The answer turns on whether the railway can be seen as a federal work or undertaking under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, or is integral to such a work or undertaking, so as to bring it within federal jurisdiction, and hence make applicable the provisions of the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (now R.S.C., 1985, c. L-2). A significant fact is that the railway was previously owned by a national railway company that was clearly subject to federal jurisdiction, but the line of railway here in question is now owned and operated by a provincial company. In order to answer the jurisdictional question, the physical and operational character of the railway must be examined.

relations du travail. Pourvoi accueilli, le juge Wilson est dissidente.

T. W. Wakeling et *G. D. Chipeur*, pour l'appelante.

Douglas Wray, pour les intimés Travailleurs unis des transports, la Fraternité des préposés à l'entretien des voies et Syndicat canadien des signaleurs et des employés des communications.

Robert E. Houston, c.r., pour l'intimée Fraternité des ingénieurs de locomotives.

V. L. Marleau, pour l'intimé le Conseil canadien des relations du travail.

Personne n'a comparu pour l'intervenant le procureur général du Québec.

W. Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

LE JUGE EN CHEF DICKSON—La question dans ce pourvoi est de savoir lequel du gouvernement provincial ou du gouvernement fédéral a compétence, pour les fins des relations du travail, sur une voie ferrée de 105 milles située entièrement dans la province d'Alberta. Il s'agit donc de déterminer si ce chemin de fer peut être considéré comme un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou s'il fait partie intégrante d'un tel ouvrage ou d'une telle entreprise, de sorte qu'il relève de la compétence fédérale et est en conséquence assujéti aux dispositions du *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 (maintenant L.R.C. (1985), ch. L-2). Il importe de signaler que le chemin de fer en cause a déjà appartenu à une compagnie de chemin de fer nationale qui était manifestement du ressort fédéral, mais que c'est maintenant une compagnie provinciale qui en a la propriété et qui l'exploite. Or, pour répondre à la question de compétence, on doit examiner la nature matérielle et opérationnelle du chemin de fer.

Facts

The appellant, Central Western Railway Corporation, is a railway company incorporated by a statute of the Alberta legislature: *Central Western Railway Corporation Act*, S.A. 1984, c. 71. It was created to acquire and operate a small railway line in Alberta formerly owned by the Canadian National Railway (CN). Though the railway was called the Stettler Subdivision when it was owned by CN, I will refer to it as (“Central Western”).

Central Western runs approximately 105 miles between Ferlow Junction and Dinosaur in central Alberta. It was built between 1909 and 1911 by the Canadian Northern Railway Company (Canadian Northern). In 1919 the federal government acquired ownership of Canadian Northern and all of its holdings, including the whole of Central Western, were transferred to the newly formed CN, a federal crown company. In 1963, CN applied to the Board of Transport Commissioners (a federal government agency) to abandon Central Western. CN requested, however, that a decision on the application not be made until the McPherson Commission (which was looking into transportation issues) made its findings. After those findings were delivered, the federal government declared that 12,413 miles of rail would be protected from abandonment because they comprised a “basic rail network”. Certain lines were recommended to be abandoned, however, because they were no longer in use. Decisions about other railway lines, of which Central Western was one, were to await the findings of the Grain Handling and Transportation Commission, more commonly known as the Hall Commission. While awaiting these findings, the federal government protected Central Western through a series of Orders in Council known as Abandonment of Branch Lines Prohibition Orders.

At the Hall Commission’s hearings, CN submitted that roughly half of Central Western should be abandoned. In its report, the Hall Commission agreed, although it favoured abandonment of a

Les faits

L’appelante, Central Western Railway Corporation, est une compagnie de chemin de fer constituée par une loi de la législature de l’Alberta, à savoir la *Central Western Railway Corporation Act*, S.A. 1984, ch. 71. Elle a été créée en vue de l’acquisition et de l’exploitation d’une courte voie ferrée en Alberta qui appartenait auparavant à la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (CN). Bien que ce tronçon ait été appelé la subdivision Stettler lorsqu’il appartenait au CN, je le désignerai sous le nom («Central Western»).

Le chemin de fer Central Western s’étend sur approximativement 105 milles entre Ferlow Junction et Dinosaur en Alberta central. Il a été construit entre 1909 et 1911 par la Compagnie du chemin de fer Canadien du Nord (Canadien du Nord). En 1919, le gouvernement fédéral est devenu propriétaire du Canadien du Nord et tout son actif, y compris la totalité de Central Western, a été transféré au CN, une société nouvellement créée de la Couronne fédérale. En 1963, CN a présenté à la Commission des transports du Canada (un organisme fédéral) une demande d’abandon de Central Western. CN a cependant demandé qu’aucune décision ne soit prise avant que ne soient rendues les conclusions de la Commission McPherson (qui se penchait sur des questions de transport). À la suite de ces conclusions, le gouvernement fédéral a déclaré que 12 413 milles de chemin de fer ne seraient pas abandonnés parce qu’ils constituaient un «réseau ferroviaire de base». On a cependant recommandé l’abandon de certaines voies parce qu’elles ne servaient plus. Des décisions concernant d’autres voies, dont celles de Central Western, devaient être prises après que la Commission d’enquête sur la manutention et le transport du grain, mieux connue sous l’appellation Commission Hall, aurait rendu ses conclusions. En attendant celles-ci, le gouvernement fédéral a protégé Central Western au moyen d’une série de décrets appelés décrets d’interdiction d’abandon d’embranchements.

Aux auditions de la Commission Hall, CN a fait valoir qu’environ la moitié de Central Western devait être abandonnée. Dans son rapport, la Commission Hall a exprimé le même avis, se pronon-

smaller portion of the rail line. Despite that recommendation and CN's original desire to abandon Central Western, the federal government continued to protect it, as it had done since 1967, through a series of Prohibition Orders. *Prohibition Order No. 17* (P.C. 1980-84), would have extended protection of the railway until January 1, 1985, but it was revoked on September 19, 1980 by *Prohibition Order No. 19* (P.C. 1980-251). This left CN's 1963 application eligible for consideration.

On October 5, 1982, after holding a hearing, the Canadian Transport Commission (CTC) granted an order to abandon over 80 per cent of Central Western effective August 31, 1983. An appeal of this decision was accepted by the Review Committee of the CTC, however, with the result that the date for abandonment was postponed for one year to August 31, 1984. Before this new abandonment date was reached, however, the federal government asked the CTC to reconsider the status of Central Western. On May 30, 1984, the CTC extended the date of abandonment to December 31, 1984. In July, 1984, the federal government asked the CTC to hold a further hearing. The result of this hearing was *Prohibition Order No. 22* (P.C. 1984-4047) which pronounced Central Western to be part of the basic rail network and protected from abandonment until the year 2000. Under the terms of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 6(1)(c), the validity of this Order is dependent upon the appellant's being subject to federal jurisdiction, which is directly in issue in this appeal.

In 1986, CN gave notice to the United Transportation Union, the Brotherhood of Locomotive Engineers, the Canadian Signal and Communications Union and the Brotherhood of Maintenance of Way Employees (the respondent unions) that the line would be leased for a period of three years to the appellant. In the same year, however, the lease turned into a sale, under the terms of which over half of the purchase price of \$2,700,000 was advanced to the appellant as an interest free loan to be repaid no later than July 31, 1997. The

çtant toutefois en faveur de l'abandon d'un tronçon moins important. Malgré cette recommandation et le désir de CN d'abandonner Central Western, le gouvernement fédéral a continué à le protéger, comme il le faisait depuis 1967, par une série de décrets d'interdiction. Le *Décret d'interdiction n° 17* (C.P. 1980-84) aurait prolongé la protection du chemin de fer jusqu'au 1^{er} janvier 1985, mais il a été révoqué le 19 septembre 1980 par le *Décret d'interdiction n° 19* (C.P. 1980-251). La demande présentée par CN en 1963 pouvait donc encore être examinée.

Le 5 octobre 1982, à la suite d'une audition, la Commission canadienne des transports (CCT) a rendu une ordonnance autorisant l'abandon de plus de 80 pour 100 de Central Western à compter du 31 août 1983. Le Comité de révision de la CCT a toutefois accueilli un appel interjeté contre cette décision et la date de l'abandon a en conséquence été remise à un an plus tard, soit au 31 août 1984. Mais avant cette nouvelle date d'abandon, le gouvernement fédéral a demandé à la CCT de se pencher de nouveau sur le statut de Central Western et, le 30 mai 1984, la CCT a reporté l'abandon au 31 décembre 1984. En juillet 1984, le gouvernement fédéral a demandé à la CCT de tenir une nouvelle audition, laquelle a donné lieu au *Décret d'interdiction n° 22* (P.C. 1984-4047) portant que Central Western faisait partie du réseau ferroviaire de base et le mettant à l'abri de l'abandon jusqu'à l'an 2000. Aux termes de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, al. 6(1)c), ce décret n'est valide que si l'appelante relève de la compétence fédérale, question qui se trouve directement en litige dans le présent pourvoi.

En 1986, CN a avisé les Travailleurs unis des transports, la Fraternité des ingénieurs de locomotives, le Syndicat canadien des signaleurs et des employés des communications et la Fraternité des préposés à l'entretien des voies (les syndicats intimés) que la voie en cause serait louée à l'appelante pour trois ans. La même année, cependant, cette location est devenue une vente selon les conditions de laquelle plus de la moitié du prix d'achat de 2 700 000 \$ a été avancée à l'appelante à titre de prêt sans intérêt remboursable au plus tard le 31

appellant obtained the lands, trackage, improvements and chattels, and the leases and operating agreements associated with the property. Virtually all of the rail line (except about three miles) was transferred to the appellant, effective November 21, 1986. As part of the purchase agreement, the appellant agreed to deliver to CN the first 120,000 tonnes of grain transported on the railway during each crop year.

Central Western is, and always has been, used for the transportation of grain. There are nine grain elevators, operated by four grain companies, along the line. These stand on land originally leased from CN and now leased from the appellant. Prior to the sale of the rail line, CN would spot empty grain cars at the elevators to be filled with grain. When the cars were full, CN would dispatch a locomotive to pick up the grain cars and take them to the Camrose Yard, just north of Stettler, for delivery to Vancouver.

Since the sale, the operation is different. Significantly, the appellant's trains do not travel on CN lines, and vice-versa. Empty grain cars are delivered to the north point of the rail line, at Ferlow Junction, by CN locomotives. Central Western then takes the cars to the various grain elevators, and after being filled with grain they are returned to Ferlow Junction by Central Western. CN then takes the filled grain cars to Vancouver. The division in operation is further reflected by the nature of the physical connection between Central Western and CN. Whereas the movement of rail cars was uninterrupted before 1986, a four-inch gap in the line of rail now separates Central Western from CN at both ends. There is a locked derail device, controlled by CN, which allows the lines to be connected. This device is used only when CN locomotives deliver or retrieve grain cars from Ferlow Junction.

It is worth mentioning that all grain cars are owned by the federal or provincial governments. In addition, the transport of grain, in terms of quantity and destination, is determined by the Grain

juillet 1997. L'appelante a acquis les terrains, les voies, les améliorations et les biens meubles, ainsi que les baux et les contrats d'exploitation portant sur les biens-fonds. La quasi-totalité de la voie ferrée (sauf environ trois milles) a été transférée à l'appelante, ce transfert prenant effet le 21 novembre 1986. Dans le contrat d'achat, l'appelante s'engageait notamment à livrer au CN les premières 120 000 tonnes du grain transporté sur le chemin de fer pendant chaque récolte annuelle.

Central Western sert, et a toujours servi, au transport du grain. Il existe le long de la voie neuf éleveurs à grain, exploités par quatre sociétés céréalères. Ces éleveurs se trouvent sur des terrains loués au départ de CN et maintenant loués de l'appelante. Avant de vendre la voie ferrée, CN avait l'habitude de placer à côté des éleveurs des wagons à grain vides en vue de leur chargement. Une fois les wagons chargés, CN y envoyait une locomotive qui amenait les wagons à grain à la gare de triage de Camrose, située à peu de distance au nord de Stettler, pour qu'ils soient acheminés à Vancouver.

Depuis la vente, l'exploitation est modifiée. Fait important, les trains de l'appelante ne circulent pas sur les voies de CN et vice versa. Des locomotives de CN remorquent les wagons à grain vides jusqu'à l'extrémité nord de la voie ferrée, à Ferlow Junction. Central Western s'occupe alors d'amener ces wagons aux différents éleveurs à grain et, dès qu'ils sont chargés de grain, les ramène à Ferlow Junction. CN achemine ensuite les wagons chargés à Vancouver. Cette division des opérations se manifeste en outre dans la nature du lien matériel entre Central Western et CN. Alors que le mouvement des wagons était ininterrompu avant 1986, un écart de quatre pouces sépare maintenant la voie de Central Western de celle de CN aux deux extrémités. CN contrôle un dérailleur verrouillé qui permet de raccorder les voies. Ce mécanisme n'est utilisé que lorsque les locomotives de CN livrent des wagons à grain à Ferlow Junction ou les en ramènent.

Il convient de mentionner que tous les wagons à grain appartiennent aux gouvernements provincial ou fédéral. De plus, c'est l'Office du transport du grain qui, après consultation de la Commission

Transportation Agency, in consultation with the Canadian Wheat Board, the latter then informing rail companies of the scheduled movement. Both the Grain Transportation Agency and the Canadian Wheat Board are federal agencies.

The appellant has eight employees. Each of the respondent unions has a national collective agreement with CN, and when first notified of the proposed lease (which became a sale), they filed an application with the Canada Labour Relations Board for an order that there had been a sale of the rail line which was governed by the *Canada Labour Code*. The effect of a successful application would be to bind the appellant to the unions' collective agreements with CN. The application was granted. The appellant appealed to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10 (now R.S.C., 1985, c. F-7). That appeal was dismissed, however, and the appellant has now appealed to this Court.

Relevant Legislation

The relevant statutory provisions are as follows:

Constitution Act, 1867

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say,—

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes:—

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province;

(b) Lines of Steam Ships between the Province and any British or Foreign Country;

(c) Such Works as, although wholly situate within the Province, are before or after their Execution declared by the Parliament of Canada to be for the general Advantage of Canada or for the Advantage of Two or more of the Provinces.

canadienne du blé, décide de la quantité de grain à transporter et de sa destination. La Commission informe alors les compagnies de chemin de fer des expéditions prévues. L'Office du transport du grain et la Commission canadienne du blé sont tous les deux des organismes fédéraux.

L'appelante compte huit employés. Chacun des syndicats intimés a conclu une convention collective nationale avec CN et, dès qu'ils ont reçu avis du projet de location (qui est devenue une vente), ils ont déposé auprès du Conseil canadien des relations du travail une demande tendant à l'obtention d'une ordonnance portant que la voie ferrée en question avait fait l'objet d'une vente régie par le *Code canadien du travail*. Si on faisait droit à cette demande, l'appelante serait liée par les conventions collectives que les syndicats avaient signées avec CN. La demande a été accueillie. L'appelante a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale en vertu de l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e supp.), ch. 10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7). L'appel a cependant été rejeté et l'appelante se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Les dispositions législatives pertinentes

Voici les dispositions législatives pertinentes:

Loi constitutionnelle de 1867

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

b) lignes de bateaux à vapeur entre la province et tout pays britannique ou étranger;

c) les ouvrages qui, bien qu'entièrement situés dans la province, seront avant ou après leur exécution déclarés, par le Parlement du Canada, être à l'avantage général du Canada, ou à l'avantage de deux ou plusieurs provinces;

Canada Labour Code, s. 2 defines the relevant terms:

2. In this Act

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including without restricting the generality of the foregoing:

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces; and

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

Section 108 (now s. 4) sets out the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board:

108. This Part applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers.

Issues

The following constitutional question was stated:

Is the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, constitutionally applicable to the short line railway owned and operated by the appellant Central Western Railway Corporation?

There are two ways in which Central Western may be found to fall within federal jurisdiction and thus be subject to the *Canada Labour Code*. First, it may be seen as an interprovincial railway and therefore come under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* as a federal work or undertaking. Second, if the appellant can be properly

L'article 2 du *Code canadien du travail* définit les termes pertinents:

2. Dans la présente loi

«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» ou «entreprise fédérale» signifie tout ouvrage, entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède:

b) tout chemin de fer, canal, télégraphe ou autre ouvrage ou entreprise reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

h) tout ouvrage ou entreprise que le Parlement du Canada déclare (avant ou après son achèvement) être à l'avantage du Canada en général, ou de plus d'une province, bien que situé entièrement dans les limites d'une province; et

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

L'article 108 (maintenant l'art. 4) établit la compétence du Conseil canadien des relations du travail:

108. La présente Partie s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales groupant ces patrons et aux syndicats groupant ces employés.

g Les questions en litige

La question constitutionnelle suivante a été formulée:

h Le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, est-il constitutionnellement applicable à une ligne de chemin de fer secondaire dont l'appelante Central Western Railway Corporation est propriétaire et qu'elle gère?

i Il y a deux façons dont Central Western peut être considérée comme relevant de la compétence fédérale et, partant, du *Code canadien du travail*. Premièrement, on peut considérer qu'il s'agit d'un chemin de fer interprovincial qui tombe en conséquence dans le champ d'application de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* à

viewed as integral to an existing federal work or undertaking it would be subject to federal jurisdiction under s. 92(10)(a). For clarity, I should point out that these two approaches, though not unrelated, are distinct from one another. For the former, the emphasis must be on determining whether the railway is itself an interprovincial work or undertaking. Under the latter, however, jurisdiction is dependent upon a finding that regulation of the subject matter in question is integral to a core federal work or undertaking.

Before examining in detail the application of s. 92(10)(a) to this appeal, I should mention the inapplicability of s. 92(10)(c). The Federal Court of Appeal considered the issue of whether Central Western came under federal jurisdiction by virtue of a declaration by Parliament that it was for the general advantage of Canada pursuant to s. 92(10)(c). The relevant provisions alleged to be declarations are sections of two federal statutes (see *Canadian National Railways Act*, R.S.C. 1970, c. C-10, s. 18(1), and *Railway Act*, s. 6(1)(c)). Prior to the hearing in this appeal, however, the federal government passed legislation, retroactive to July 1, 1986, which operated to withdraw any s. 92(10)(c) declarations that might exist with respect to Central Western (see *An Act to amend the Railway Act*, S.C. 1990, c. 6, Royal Assent given March 29, 1990). It is unnecessary therefore to address the matter of s. 92(10)(c) in disposing of this appeal.

Judgments

Canada Labour Relations Board

The Canada Labour Relations Board agreed with the respondent unions that the rail line was subject to federal jurisdiction. It did not, however, view the railway as an interprovincial work or undertaking, but instead based its decision on a finding that, by virtue of physical and operational connections, the rail line was integral to the fol-

titre d'ouvrage ou d'entreprise de compétence fédérale. Deuxièmement, si l'on peut à bon droit voir l'appelante comme faisant partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral qui existe déjà, elle relève de la compétence fédérale suivant l'al. 92(10)(a). Par souci de clarté, je tiens à préciser que ces deux approches, en dépit de leur connexité, sont distinctes l'une de l'autre. Dans le premier cas, il s'agit surtout de déterminer si le chemin de fer constitue en lui-même un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale. Dans le second cas, cependant, la compétence tient à une conclusion que la réglementation de la matière en question fait partie intégrante d'une entreprise fédérale principale.

Avant d'entreprendre un examen approfondi de l'application de l'al. 92(10)(a) au présent pourvoi, je dois mentionner l'inapplicabilité de l'al. 92(10)(c). La Cour d'appel fédérale s'est penchée sur la question de savoir si Central Western relevait de la compétence fédérale en raison d'une déclaration par le Parlement, en conformité avec l'al. 92(10)(c), qu'il est à l'avantage général du Canada. Les dispositions pertinentes qui constitueraient de telles déclarations se trouvent dans deux lois fédérales (voir *Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada*, S.R.C. 1970, ch. C-10, par. 18(1) et *Loi sur les chemins de fer*, al. 6(1)(c)). Antérieurement à l'audience dans le présent pourvoi, toutefois, le gouvernement fédéral a adopté une loi ayant effet rétroactif à partir du 1^{er} juillet 1986 qui retirait toute déclaration visée à l'al. 92(10)(c) dont pouvait faire l'objet Central Western (voir *Loi modifiant la Loi sur les chemins de fer*, L.C. 1990, ch. 6, sanctionnée le 29 mars 1990). Point n'est donc besoin d'aborder la question de l'al. 92(10)(c) pour trancher ce pourvoi.

Les jugements

Conseil canadien des relations du travail

Le Conseil canadien des relations du travail a convenu avec les syndicats intimés que le chemin de fer en cause était assujéti à la compétence fédérale. Il ne l'a toutefois pas considéré comme un ouvrage ou une entreprise de caractère interprovincial, mais a plutôt fondé sa décision sur la conclusion qu'en raison de liens matériels et opéra-

lowing federal works or undertakings: the CN, the grain elevators along the rail line and the "Western Grain Transportation Network". Having found the appellant to be within federal jurisdiction, the provisions of the *Canada Labour Code* pertaining to the sale of a business were applied and the Board concluded that the appellant was bound by the collective agreements CN had with the respondent unions. The Board acknowledged that the respondent unions' applications would have failed if it had not found Central Western to be a federal work or undertaking because the *Canada Labour Code* would not have been applicable. Since the Board found Central Western to fall within federal jurisdiction under s. 92(10)(a), it did not proceed to consider whether there existed a valid federal declaration under s. 92(10)(c).

Federal Court of Appeal (cited as *Central Western Railway Corp. v. UTU*, [1989] 2 F.C. 186)

Two of the three judges who sat on the appeal held that the appellant was subject to federal jurisdiction, though each for a different reason. Marceau J. found that Central Western fitted squarely within s. 92(10)(a) as an interprovincial railway. Lacombe J., on the other hand, did not find that Central Western was an interprovincial railway or an integral part of a federal undertaking; he preferred to base federal jurisdiction on the finding that there was a declaration of Parliament stating that Central Western was for the general advantage of Canada.

Hugessen J., in dissent, concluded that Central Western correctly fell within provincial jurisdiction. He agreed with Lacombe J. that Central Western could not be seen as falling under s. 92(10)(a) either as a federal work or undertaking or as an integral part thereof. As to the applicability of s. 92(10)(c), however, Hugessen J. made a distinction between a work and an undertaking. He held that a valid declaration existed so as to bring the rail works under federal competence, but felt that this declaration did not extend to labour relations. In support of this distinction, he noted

tionnels ce chemin de fer faisait partie intégrante des entreprises ou des ouvrages suivants de compétence fédérale: CN, les élévateurs à grain le long du chemin de fer et le «réseau de transport du grain de l'Ouest». Ayant décidé que l'appelante relevait de la compétence fédérale, le Conseil a appliqué les dispositions du *Code canadien du travail* relatives à la vente d'une entreprise pour conclure que l'appelante était liée par les conventions collectives que CN avait conclues avec les syndicats intimés. Le Conseil a reconnu que les demandes des syndicats intimés auraient été rejetées s'il n'avait conclu que Central Western était un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale, parce que le *Code canadien du travail* aurait été dès lors inapplicable. Vu sa décision que Central Western relevait de la compétence fédérale aux termes de l'al. 92(10)a), le Conseil n'a pas examiné si une déclaration fédérale valide avait été faite en vertu de l'al. 92(10)c).

Cour d'appel fédérale (sous le titre *Central Western Railway Corp. c. T.U.T.*, [1989] 2 C.F. 186)

Sur les trois juges qui ont siégé en appel, deux ont décidé que l'appelante relevait de la compétence fédérale, mais chacun pour une raison différente. Le juge Marceau a conclu que Central Western relevait clairement de l'al. 92(10)a) à titre de chemin de fer interprovincial. Selon le juge Lacombe, par contre, Central Western n'était pas un chemin de fer interprovincial ni ne faisait partie intégrante d'une entreprise fédérale; il a préféré en effet fonder la compétence fédérale sur la constatation de l'existence d'une déclaration du Parlement selon laquelle Central Western était à l'avantage général du Canada.

Le juge Hugessen, dissident, a conclu que Central Western relevait légitimement de la compétence provinciale. Comme le juge Lacombe, il a été d'avis que Central Western ne pouvait être considérée comme visée par l'al. 92(10)a) soit à titre d'ouvrage ou entreprise de compétence fédérale, soit comme faisant partie intégrante d'un tel ouvrage ou d'une telle entreprise. En ce qui concerne l'applicabilité de l'al. 92(10)c), toutefois, le juge Hugessen a fait une distinction entre un ouvrage et une entreprise. Il a conclu à l'existence d'une déclaration valide qui faisait du chemin de

that the word "undertaking" appears in s. 92(10)(a) but not in s. 92(10)(c). Hugessen J. thus concluded that while the federal government can govern the trackage and the right of way of the rail lines, its constitutional authority does not extend to labour relations.

Analysis

The core issue to determine is whether the appellant can be subject to the *Canada Labour Code*. For this to occur it must first come within federal jurisdiction. As noted above, there are two possible bases for such jurisdiction, and I will deal with each in turn: (1) Central Western is itself a federal work or undertaking pursuant to s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*, or (2) the appellant falls within s. 92(10)(a) as an integral part of a federal work or undertaking.

(1) *Is Central Western a Federal Work or Undertaking?*

At the Federal Court of Appeal, Marceau J. founded federal jurisdiction over Central Western on the basis that it fell directly within s. 92(10)(a) by virtue of being an interprovincial railway. The primary ground for this decision was his finding that prior to the sale the railway was an indivisible and integral part of CN. Having made these observations, Marceau J. stated, at p. 198:

It seems to me that such a character, which attaches to the work itself, cannot be seen as having disappeared for the sole reason that the line is now owned and operated by a different corporate entity, or that its connection with CN's line is now controlled by a special device. Being operated exactly as it was previously, the line remains a segment of a railway "connecting the province with other provinces".

This passage highlights the factors considered by Marceau J. in reaching his conclusion. In particu-

fer un ouvrage qui relevait de la compétence fédérale, mais a estimé que cette déclaration ne s'étendait pas aux relations du travail. Il a fait remarquer à l'appui de cette distinction que le mot «entreprise» figure à l'al. 92(10)a) mais non à l'al. 92(10)c). Le juge Hugessen a donc conclu que, si le gouvernement fédéral a compétence relativement aux voies ferrées et à l'emprise du chemin de fer, il n'a aucun pouvoir constitutionnel sur les relations du travail.

Analyse

La question fondamentale est de savoir si l'appelante peut être assujettie au *Code canadien du travail*. Pour qu'elle le soit, il faut d'abord qu'elle relève de la compétence fédérale. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, cette compétence a deux fondements possibles, dont je traiterai à tour de rôle: soit que (1) Central Western constitue en soi un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral aux termes de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, soit que (2) l'appelante fasse partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral et tombe en conséquence sous le coup de l'al. 92(10)a).

(1) *Central Western est-elle un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral?*

En Cour d'appel fédérale, le juge Marceau a conclu que c'était l'autorité fédérale qui avait compétence sur Central Western parce que, étant un chemin de fer interprovincial, elle relevait directement de l'al. 92(10)a). Cette conclusion reposait principalement sur le fait qu'avant d'être vendu, le chemin de fer était indissociable de CN et en faisait partie intégrante. Ayant fait ces observations, le juge Marceau dit, à la p. 198:

Il me semble qu'un tel caractère, qui est attaché à l'ouvrage lui-même, ne peut être considéré comme ayant disparu pour le seul motif que la ligne de chemin de fer en question est actuellement possédée et exploitée par une entité corporative différente, ou que le raccordement entre ce tronçon et la ligne du CN est à présent contrôlé au moyen d'un dispositif spécial. Étant exploitée exactement comme elle l'était antérieurement, la ligne en cause continue d'être une partie d'un chemin de fer «reliant la province à d'autres provinces».

De ce passage se dégagent les facteurs sur lesquels le juge Marceau a fondé sa conclusion. En particu-

lar, he found neither the physical separation between Central Western and CN rail lines nor the change in ownership and operation of Central Western to be compelling factors in determining which level of government has constitutional jurisdiction over it. In examining the question of whether Central Western is itself a federal work or undertaking, I will examine these factors in turn.

(a) The Physical Connection

Marceau J. did not attach much significance to the fact that since the sale the rail lines have been separated by a four inch gap which is controlled by a special derail device. The respondents were of the same opinion, arguing that this tiny gap is not indicative of any important change in the railway. In fact, it is their position that the gap does not constitute a physical separation.

In as much as Marceau J. was relying on a physical connection to found federal jurisdiction, that, in itself, is insufficient. As I stated in *Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio-television and Telecommunications Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 225 (A.G.T. v. C.R.T.C.), at p. 262:

... mere interconnection of physical facilities in one province with those in a neighbouring province, territory or state may not be sufficient to attract the characterization of the undertaking involved as interprovincial in nature.

This view is not novel, having long had support in the case law. In *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (*Montreal Street Railway*), for example, the Privy Council considered the validity of a federal statute which attempted to govern the through traffic on all railways, including intraprovincial ones. The statute was held to be *ultra vires* the federal government, and in the course of delivering judgment, Lord Atkinson commented on the question of whether a physical connection between rail lines was a sufficient basis for federal jurisdiction, at pp. 345-46:

The right contended for in this case is in truth the absolute right of the Dominion Parliament wherever a

lier, il a jugé que ni la séparation matérielle des voies ferrées de Central Western et de CN ni le changement dans la possession et l'exploitation de Central Western n'étaient des facteurs déterminants pour décider quel palier de gouvernement a en vertu de la constitution compétence sur ce chemin de fer. Pour déterminer si celui-ci est lui-même un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale, j'examinerai ces facteurs un à un.

a) Le lien matériel

Le juge Marceau n'a pas accordé beaucoup d'importance au fait que, depuis la vente, les voies ferrées sont séparées par un écart de quatre pouces qui se règle au moyen d'un dérailleur spécial. C'était le cas également des intimés, qui ont prétendu que cet écart négligeable n'apporte aucun changement important au chemin de fer. Ils soutiennent en fait que l'écart en question ne représente pas une séparation matérielle.

Dans la mesure où le juge Marceau s'appuyait sur l'existence d'un lien matériel pour conclure à la compétence fédérale, ce fondement est en soi insuffisant. Comme je l'ai dit dans l'arrêt *Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, [1989] 2 R.C.S. 225 (A.G.T. c. C.R.T.C.), à la p. 262:

... le simple raccordement d'installations matérielles situées dans une province à celles d'une autre province, territoire ou État voisin peut être insuffisant pour qualifier l'entreprise visée comme étant de nature interprovinciale.

Ce point de vue n'a rien d'original. Voilà longtemps en effet qu'il est appuyé par la jurisprudence. Dans l'arrêt *City of Montreal v. Montreal Street Railway*, [1912] A.C. 333 (*Montreal Street Railway*), par exemple, le Conseil privé s'est penché sur la question de la validité d'une loi fédérale visant à régir la circulation en transit sur tous les chemins de fer, y compris ceux à caractère interprovincial. Cette loi a été jugée *ultra vires* et, en rendant le jugement, lord Atkinson a abordé la question de savoir si l'existence d'un lien matériel entre des voies ferrées suffisait pour fonder la compétence fédérale, aux pp. 345 et 346:

[TRADUCTION] Le droit auquel on prétend dans cette affaire est en vérité le droit absolu pour le Parlement du

federal line and a local provincial line connect to establish, irrespective of all consequences, this dual control over the latter line whenever there is through traffic between them, at least of such a kind as would lead to unjust discrimination between any classes of the customers of the former line. In their Lordships' view this right and power is not necessarily incidental to the exercise by the Parliament of Canada of its undoubted jurisdiction and control over federal lines, and is therefore, they think, an unauthorized invasion of the rights of the Legislature of the Province of Quebec.

The view expressed by Lord Atkinson in *Montreal Street Railway* is very persuasive. Railways, by their nature, form a network across provincial and national boundaries. As a consequence, purely local railways may very well "touch", either directly or indirectly, upon a federally regulated work or undertaking. That fact alone, however, cannot reasonably be sufficient to turn the local railway into an interprovincial work or undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*. Furthermore, if the physical connection between the rail lines were a sufficient basis for federal jurisdiction, it would be difficult to envision a rail line that could be provincial in nature: most rail lines located within a province do connect eventually with interprovincial lines.

The force of the reasoning of this latter point is well illustrated in *British Columbia Electric Ry. Co. v. Canadian National Ry. Co.*, [1932] S.C.R. 161 (*British Columbia Electric Railway*). The British Columbia Electric Railway Company (B.C.E.R.C.) operated certain rail lines in British Columbia. One such line, the Central Park line, was connected to a Canadian Pacific Railway line and a line of the Canadian National Railway, both of which were under federal jurisdiction. The Board of Railway Commissioners for Canada concluded that because part of the B.C.E.R.C.'s rail line formed a connecting link between two other lines of railway under the Board's jurisdiction, it

Dominion, partout où un réseau fédéral et un réseau provincial local se raccordent, d'établir, quelles qu'en soient les conséquences, cette double autorité sur ce dernier réseau chaque fois qu'il existe un trafic en transit entre eux, d'une nature telle tout au moins qu'il aboutisse à une discrimination injuste entre des catégories quelconques des clients du premier de ces réseaux. De l'avis de leurs Seigneuries, ce droit et ce pouvoir ne sont pas nécessairement incidents à l'exercice par le Parlement du Canada de sa compétence et de son autorité incontestées sur les réseaux fédéraux et ils constituent donc, dans leur esprit, une immixtion que rien n'autorise dans les droits de la législature de la province de Québec.

L'opinion exprimée par lord Atkinson dans l'arrêt *Montreal Street Railway* est très convaincante. De par leur nature, les chemins de fer forment un réseau qui s'étend au-delà des frontières provinciales et nationales. Cela étant, des chemins de fer purement locaux peuvent fort bien «toucher», directement ou indirectement, un ouvrage ou une entreprise assujettis à une réglementation fédérale. Ce seul fait ne peut toutefois raisonnablement suffire pour faire du chemin de fer local un ouvrage ou une entreprise à caractère interprovincial au sens de l'al. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En outre, si le lien matériel entre les voies ferrées constituait un fondement suffisant pour la compétence fédérale, il serait difficile de concevoir un chemin de fer qui pourrait être de nature provinciale, étant donné que la plupart des voies ferrées situées dans les limites d'une province se raccordent quelque part à des voies interprovinciales.

La force du raisonnement sur ce dernier point se dégage nettement de l'arrêt *British Columbia Electric Ry. Co. v. Canadian National Ry. Co.*, [1932] R.C.S. 161 (*British Columbia Electric Railway*). La British Columbia Electric Railway Company (B.C.E.R.C.) exploitait certaines lignes de chemin de fer en Colombie-Britannique. L'une de celles-ci, la ligne Central Park, était raccordée à une voie du Canadien Pacifique et à une voie du Canadien du Nord, qui relevaient toutes les deux de la compétence fédérale. La Commission des chemins de fer du Canada avait conclu que, parce qu'une partie de la voie de la B.C.E.R.C. reliait deux autres voies ferrées sur lesquelles elle avait

had jurisdiction over the intraprovincial rail line as well. This Court rejected the Board's conclusion and held that the Central Park line fell under provincial jurisdiction. Smith J., for the majority, held, at p. 170:

The mere fact that the Central Park line makes physical connection with two lines of railway under Dominion jurisdiction would not seem to be of itself sufficient to bring the Central Park line, or the portion of it connecting the two federal lines, within Dominion jurisdiction.

As in *Montreal Street Railway*, the reasoning in *British Columbia Electric Railway* makes it clear that physical connection to an existing federal railway does not necessarily place a rail line under federal jurisdiction.

Compared to the rail line in *British Columbia Electric Railway*, Central Western illustrates a stronger case for coming within provincial jurisdiction. The line of track in *British Columbia Electric Railway* was only one mile long. In light of this relatively short length, it might be thought possible to see the rail line as being merely a link in the chain of a larger interprovincial network; yet, it was held to be under provincial jurisdiction. Central Western is 105 miles long. It is much more difficult to regard it as no more than a fully integrated part of CN's operations. Furthermore, there is no mention of any physical separation between the lines in *British Columbia Electric Railway*, unlike the situation in this appeal. On these bases, the argument that the physical connection between Central Western and CN brings the former within federal jurisdiction is weak.

(b) The Change in Ownership and Operation of the Railway

While the case law discussed above makes it clear that physical connection cannot be the determinative factor for jurisdictional questions, Marc

compétence, la voie interprovinciale était également soumise à sa compétence. Notre Cour a rejeté la conclusion de la Commission et a dit que la ligne Central Park relevait de la compétence provinciale. Le juge Smith, au nom de la majorité, a statué, à la p. 170:

[TRADUCTION] Le simple fait que la ligne Central Park soit physiquement reliée à deux lignes de chemin de fer relevant de la compétence fédérale ne semblerait pas suffire en lui-même à placer la ligne Central Park, ou la partie de celle-ci qui relie les deux lignes fédérales, sous la compétence fédérale.

Le raisonnement dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway*, comme dans l'arrêt *Montreal Street Railway*, indique clairement que ce n'est pas parce qu'elle a un lien matériel avec un chemin de fer fédéral qu'une voie ferrée est nécessairement assujettie à la compétence fédérale.

En comparaison de la situation du chemin de fer en cause dans l'affaire *British Columbia Electric Railway*, celle de Central Western présente un argument encore plus convaincant en faveur de la compétence provinciale. La voie ferrée dont il s'agissait dans l'affaire *British Columbia Electric Railway* n'avait qu'un mille de long. Vu cette distance relativement faible, on pouvait concevoir cette voie comme un simple maillon dans la chaîne que représentait le réseau interprovincial plus important; il a pourtant été décidé qu'elle relevait de la compétence provinciale. Le chemins de fer Central Western s'étend sur 105 milles. Il est donc beaucoup plus difficile de le considérer simplement comme faisant partie intégrante des opérations de CN. De plus, à la différence de la situation qui se présente en l'espèce, aucune mention n'est faite d'une séparation matérielle des voies ferrées dans l'affaire *British Columbia Electric Railway*. Compte tenu de ces facteurs, l'argument voulant que le lien matériel entre la voie de Central Western et celle de CN fasse relever celle-là de la compétence fédérale est faible.

b) Le changement de propriétaire et d'exploitation du chemin de fer

Bien qu'il se dégage clairement de la jurisprudence examinée plus haut que l'existence d'un lien matériel ne saurait être déterminante en ce qui concerne les questions de compétence, le juge Mar-

aspect of the relationship between CN and Central Western. His conclusion that Central Western fell within federal jurisdiction was also based on the view that the operation of the rail line had not changed subsequent to its sale to the appellant; in his opinion new ownership did not affect the jurisdictional question.

In so much as Marceau J. contends that corporate ownership is not determinative of the jurisdictional issue, he is correct. As I stated for this Court in *A.G.T. v. C.R.T.C.*, at p. 265:

I do not find the fact that the members of Telecom Canada own their respective "works" to be significant. The separate ownership of works does not, in this case, take away from the degree of integration which exists between the member system and the level of cooperation and coordination which exists in the national telephone system; it does not make AGT's system less interprovincial and it does not make the Telecom Canada enterprise a mere loose association of interested parties. Ownership itself is not conclusive. [Emphasis added.]

A change in corporate control can be significant, however, where it leads to alterations in the operation of the activity in question. The crucial determination is not simply whether there has been a change of corporate control, but whether the work in question can properly be described, with regard to its nature of operations, as being interprovincial.

In this case, the respondents argue that since Central Western had previously been owned by CN the sale to a provincial company cannot remove it from federal jurisdiction. Moreover, in arguing that there exists a significant operational connection between Central Western and CN, they point to the fact that Central Western is connected only with CN, and note that all of the appellant's freight goes to CN for onward transport. In the same vein, the respondents argue that the various contractual arrangements between the appellants and CN add to the physical connection

ceau n'a pas fondé sa décision sur ce seul aspect du rapport entre CN et Central Western. Sa conclusion que Central Western était du ressort fédéral reposait en outre sur l'idée que la vente à l'appelante n'avait entraîné aucun changement dans l'exploitation de la voie ferrée. D'après le juge Marceau, le changement de propriétaire n'avait aucune incidence sur la question de la compétence.

Dans la mesure où le juge Marceau affirme que le fait qu'une personne morale ou une autre détient la propriété n'est pas déterminant quant à la question de la compétence, il a raison. Comme je l'ai dit au nom de notre Cour dans l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.*, à la p. 265:

Je n'accorde pas d'importance au fait que les membres de Télécom Canada soient propriétaires de leurs «ouvrages» respectifs. En l'espèce, le droit de propriété de chacun sur les ouvrages n'a pas pour effet de supprimer le niveau d'intégration qui existe entre le système de chaque membre et le degré de coopération et de coordination qui existe au sein du système téléphonique national; cela n'enlève rien à la nature interprovinciale du système de l'AGT et ne fait pas de Télécom Canada une simple association de parties intéressées dépourvue de toute structure. Le fait d'être propriétaire n'est pas en soi décisif. [Je souligne.]

Un changement quant à la personne morale qui a le contrôle peut néanmoins s'avérer important lorsque cela entraîne des modifications dans l'exploitation de l'entreprise en question. Ce qui est crucial, ce n'est pas simplement de déterminer si une autre personne morale en a acquis le contrôle, mais bien de se demander si l'ouvrage en question peut à bon droit être qualifié d'interprovincial, compte tenu de la nature de ses opérations.

En l'espèce, les intimés soutiennent que, comme Central Western appartenait antérieurement au CN, sa vente à une compagnie provinciale ne saurait la soustraire à la compétence fédérale. De plus, ils allèguent à l'appui de l'argument selon lequel il existe un lien opérationnel important entre Central Western et CN que la voie de Central Western ne se raccorde qu'à celle de CN, et soulignent que la totalité des marchandises transportées par l'appelante sont livrées au CN en vue de leur acheminement. Dans le même ordre d'idées, les intimés font valoir que les différents

between the two to establish a functional integration.

The respondents' points are not without merit, yet neither are they convincing. In my view, while the factors mentioned by the respondents indicate a close commercial relationship between the two railways they do not show that CN operates Central Western. Rather, the sale of Central Western has resulted in a fundamental change in the management of the rail line. Most notably, the difference is manifested in the daily control of the business of the rail line. The distribution of the grain cars along the rail line is handled by the appellant, and CN rail cars do not travel on Central Western, nor does the federal rail company participate in the management of any of the leases connected to the property. Basically, CN exercises no control over the running of the rail line, making it difficult to view Central Western as a federal work or undertaking.

The respondents, however, rely on a number of cases in support of their argument on this point. One of these is *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (*Luscar*), which is said to aid the contention that the appellant's ownership of Central Western does not immunize the railway from federal jurisdiction. *Luscar* concerned a short branch line railway that was situated within Alberta. The line was owned and built by a provincial coal company, *Luscar Collieries*, but was operated by CN and had been constructed for the purpose of future sale to CN. In these circumstances the railway was held to fall under federal jurisdiction, but in delivering the judgment of the Privy Council, Lord Warrington of Clyffe appeared to base his decision on the fact that the local railway was operated by the national company. He stated, at pp. 932-33:

contrats subsistant entre l'appelante et CN confirment l'existence d'un lien matériel entre les deux compagnies et établissent ainsi l'intégration fonctionnelle de ces dernières.

a

Les points soulevés par les intimés sont certes valables, mais ils ne sont pas non plus convaincants. À mon avis, si les facteurs mentionnés par les intimés révèlent l'existence de rapports commerciaux étroits entre les deux compagnies de chemin de fer, ils n'établissent pas que la voie de Central Western est exploitée par CN. Au contraire, la vente de cette voie a entraîné un changement fondamental dans la gestion de celle-ci. Cette différence se manifeste principalement dans la gestion quotidienne des affaires reliées à la voie en question. En effet, c'est l'appelante qui s'occupe de la répartition des wagons à grain le long de la voie et les wagons de CN ne circulent pas sur le chemin de fer Central Western. De plus, la compagnie ferroviaire fédérale ne participe pas à la gestion des baux afférents aux biens-fonds. Tout compte fait, CN n'exerce aucun contrôle sur l'exploitation du chemin de fer Central Western, tant et si bien qu'on peut difficilement considérer celui-ci comme un ouvrage ou une entreprise de compétence fédérale.

f

Les intimés invoquent toutefois plusieurs arrêts au soutien de leur argument sur ce point. Parmi ceux-ci figure l'arrêt *Luscar Collieries Ltd. v. McDonald*, [1927] A.C. 925 (*Luscar*), qui, à ce qu'on prétend, appuie l'argument suivant lequel Central Western n'échappe pas à la compétence fédérale du simple fait qu'il appartient à l'appelante. Il s'agissait dans l'affaire *Luscar* d'un court chemin de fer secondaire situé en Alberta. Ce chemin de fer appartenait à une compagnie de charbon provinciale, *Luscar Collieries*, qui l'avait également construit. C'était toutefois CN qui l'exploitait et il avait été construit en vue d'une vente future au CN. Dans ces circonstances, on a jugé que le chemin de fer relevait de la compétence fédérale, mais en rendant l'arrêt du Conseil privé, lord Warrington of Clyffe a paru fonder sa conclusion sur le fait que le chemin de fer local était exploité par la compagnie nationale. Il affirme, aux pp. 932 et 933:

It is, in their [Lordships'] view, impossible to hold as to any section of that system which does not reach the boundary of a Province that it does not connect that Province with another. If it connects with a line which itself connects with one in another Province, then it would be a link in the chain of connection, and would properly be said to connect the Province in which it is situated with other Provinces.

In the present case, having regard to the way in which the railway is operated, their Lordships are of opinion that it is in fact a railway connecting the Province of Alberta with others of the Provinces, and therefore falls within s. 92, head 10 (a) of the Act of 1867. . . . If under the agreements hereinbefore mentioned the Canadian National Railway Company should cease to operate the Luscar Branch, the question whether under such altered circumstances the railway ceases to be within s. 92, head 10(a), may have to be determined, but that question does not now arise. [Emphasis added.]

As the above quotation indicates, the Privy Council in *Luscar* viewed the operation of the line as the determinative factor. This reading of the decision was supported by this Court in *British Columbia Electric Railway, supra*, at pp. 169-70. Left open by *Luscar*, however, is the very issue before the Court on this appeal, namely, whether a transfer of ownership of the rail line could result in a change of jurisdiction. Although there is a connection between the business of the appellant and CN, the arrangement is different from that in *Luscar*. Most obviously, while the railway in *Luscar* was owned by a provincial company, it was operated in common with the federal work or undertaking. That is not the case here. CN does not operate Central Western nor does it have any future plan or expectation to take over the railway, as was the case in *Luscar*. Furthermore, to see the two situations as similar fails to give sufficient notice to the fact that CN has consistently sought to abandon Central Western since 1963.

The respondents also rely on *Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1974] S.C.R. 955 (*Kootenay*), to argue that the

[TRADUCTION] Il est impossible, à leur avis [celui des lords juges], de dire d'une section quelconque de ce réseau qui ne s'étend pas jusqu'à la frontière de la province, qu'elle ne relie pas cette province à une autre. Si elle est reliée à une ligne qui est elle-même reliée à une ligne dans une autre province, alors elle constitue un maillon de la chaîne, et on peut dire à bon droit qu'elle relie la province dans laquelle elle est située avec d'autres provinces.

Dans la présente affaire, considérant le mode d'exploitation du chemin de fer, leurs Seigneuries sont d'avis qu'il s'agit en fait d'un chemin de fer reliant la province d'Alberta avec d'autres provinces et, par conséquent, visé par l'al. 92(10)a) de l'Acte de 1867. . . . Si, en vertu des accords susmentionnés, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada devait cesser d'exploiter l'embranchement Luscar, il se peut que, dans cette nouvelle situation, la question de savoir si le chemin de fer n'est plus visé par l'al. 92(10)a) doit être décidée, mais cette question ne se pose pas maintenant. [Je souligne.]

Ainsi que l'indique ce passage, le Conseil privé dans l'arrêt *Luscar* a tenu pour déterminante l'exploitation de la ligne de chemin de fer. Cette interprétation de l'arrêt a été appuyée par notre Cour dans l'arrêt *British Columbia Electric Railway*, précité, aux pp. 169 et 170. L'arrêt *Luscar* ne tranche cependant pas la question même dont nous sommes saisis en l'espèce, c'est-à-dire celle de savoir si le transfert de la propriété du chemin de fer pouvait opérer un changement de compétence. Bien qu'il y ait un lien entre l'entreprise de l'appellante et CN, il diffère de celui qui existait dans l'affaire *Luscar*. La différence la plus évidente est que le chemin de fer en cause dans l'affaire *Luscar*, quoique appartenant à une compagnie provinciale, était exploité conjointement avec l'ouvrage ou l'entreprise à caractère fédéral. Tel n'est pas le cas en l'espèce. CN n'exploite pas Central Western et n'envisage pas d'en prendre la direction ni ne s'attend à le faire, contrairement à ce qui s'est passé dans *Luscar*. De plus, prétendre que les deux situations sont similaires, c'est ne pas tenir suffisamment compte des efforts soutenus déployés par CN depuis 1963 en vue de l'abandon de la ligne Central Western.

Les intimés s'appuient en outre sur l'arrêt *Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du Chemin de Fer Canadien du Pacifique*, [1974]

connection with CN is sufficient to bring Central Western within federal jurisdiction. In *Kootenay*, the Kootenay and Elk Railway Co. applied to the Canadian Transport Commission for various orders to allow for the free interchange of traffic between a line it had built and a line built by an American company. The purpose of the connection between the two was to allow for the transport of coal from two mining properties in southeastern British Columbia through the United States and then over to the Pacific Coast to be shipped to Japan through British Columbia. One issue raised in *Kootenay* was whether the B.C. legislature had the authority to incorporate a company for the purpose of building and operating the rail line in question. Relying on *Montreal Street Railway*, Martland J., for the majority, stated that the railway would neither connect the province with any other province nor extend beyond the limits of British Columbia. He went on to state, at pp. 979-80:

... we are concerned with the nature of the undertaking which it [the legislature of British Columbia] authorized. That undertaking is one which is to be carried on entirely within the province. I do not overlook the fact that its undertaking when coupled with that of Burlington would provide a means of transport of goods from British Columbia into the United States. It may be, as is pointed out in the reasons of the Commission, that when the two lines are joined an overall undertaking of international character will emerge. But in my opinion that possibility did not preclude the British Columbia Legislature from authorizing the incorporation of a company to construct a railway line wholly situate within the borders of the province.

The above quotation indicates that the mere possibility of a rail line acquiring an international character coupled with its physical connection with interprovincial lines does not deprive the provincial legislature of all legislative authority over a railway company. Martland J. also went on to consider *Luscar*, deciding that the operation of the rail line in that case was determinative. Applying this reasoning to the case before him, he noted that the

R.C.S. 955 (*Kootenay*), pour prétendre que son lien avec CN suffit pour faire relever Central Western de la compétence fédérale. Dans *Kootenay*, la Kootenay and Elk Railway Co. s'était adressée à la Commission canadienne des transports en vue d'obtenir diverses ordonnances qui permettraient le libre échange de trafic entre une ligne qu'elle avait construite et une ligne construite par une compagnie américaine. Le raccordement des deux lignes avait pour but de permettre que le charbon provenant de deux propriétés minières dans la partie sud-est de la Colombie-Britannique soit acheminé aux États-Unis jusqu'à la côte du Pacifique et, de là, au Japon en passant par la Colombie-Britannique. Une question soulevée dans l'affaire *Kootenay* était de savoir si la législature de la Colombie-Britannique avait compétence pour constituer une compagnie ayant comme objets la construction et l'exploitation de la voie ferrée en question. Se fondant sur l'arrêt *Montreal Street Railway*, le juge Martland a affirmé au nom de la majorité que le chemin de fer ne relierait pas la Colombie-Britannique à une autre province ni ne s'étendrait au-delà des limites de la Colombie-Britannique. Il ajoute, aux pp. 979 et 980:

... nous devons considérer la nature de l'entreprise qu'elle [la législature de la Colombie-Britannique] autorise. Les activités de l'entreprise en question doivent être exécutées entièrement dans la province. Je n'oublie pas le fait que son entreprise, une fois reliée à celle de Burlington, servira à transporter des marchandises de la Colombie-Britannique aux États-Unis. Il se peut, comme la Commission le signale dans ses motifs, qu'une fois les deux lignes jointes, nous soyons en présence d'une seule entreprise de nature internationale. Mais, à mon avis, cette possibilité n'empêchait pas la législature de la Colombie-Britannique d'autoriser la création d'une compagnie en vue de la construction d'une ligne de chemin de fer entièrement située dans les limites de la province.

D'après ce passage, ce n'est pas la simple possibilité qu'une voie ferrée acquière une dimension internationale, conjuguée à son raccordement matériel à des voies interprovinciales, qui prive le législateur provincial de toute compétence législative sur une compagnie de chemin de fer. Le juge Martland a examiné ensuite l'arrêt *Luscar*, décidant que c'était l'exploitation de la voie ferrée qui était déterminante dans cette affaire-là. Appli-

operation of the Kootenay and Elk Railway would be the sole responsibility of the British Columbia company and thus found the line to fall within provincial jurisdiction.

The respondents rely on *Kootenay* for the proposition that subsequent interconnection and joint operation with an interprovincial railway may subject a rail line to federal jurisdiction. While this reading of the case is not incorrect, such a proposition does not provide strong support for the respondents' position. Rather, the passage quoted above does not detract from or add anything to what was said in *Luscar*. In fact, by referring with approval to *Luscar*, it would appear that Martland J. was of the opinion that the operation of the company is paramount in deciding jurisdictional issues.

A final case relied upon by the respondents is *A.G.T. v. C.R.T.C.*, which is not surprising given that this decision illustrates how a provincially owned company may fall within s. 92(10)(a) by virtue of a functional integration with a national system. Although federal jurisdiction was upheld in that case, it provides little assistance to the respondents. The linchpin in the *A.G.T. v. C.R.T.C.* decision was this Court's finding that A.G.T., by virtue of its role in Telecom Canada and its bilateral contracts with other telephone companies, was able to provide its clients with an interprovincial and, indeed, international telecommunications service. In contrast, the appellant Central Western does not (through bilateral arrangements or otherwise) provide an interprovincial service to its clients: it simply moves grain within central Alberta. Clearly, the required degree of functional integration is absent.

A discussion of the relevant case law thus emphasizes that the basic question remains whether the operation of Central Western permits its characterization as an interprovincial rail line con-

quant ce raisonnement au litige dont il était saisi, le juge Martland a fait remarquer qu'il appartenait exclusivement à la compagnie constituée en Colombie-Britannique d'exploiter le chemin de fer Kootenay and Elk, et a conclu en conséquence que celui-ci relevait de la compétence provinciale.

Les intimés invoquent l'arrêt *Kootenay* à l'appui de la proposition selon laquelle une voie ferrée peut être assujettie à la compétence fédérale du fait qu'elle se raccorde à un chemin de fer interprovincial et que les deux sont exploités conjointement. Bien que cette interprétation de l'arrêt ne soit pas erronée, la proposition avancée n'étaye pas fortement la position des intimés. On voit plutôt que le passage reproduit plus haut ne retranche ni n'ajoute rien à ce qui a été dit dans l'arrêt *Luscar*. Il semble en fait qu'en exprimant son approbation de l'arrêt *Luscar*, le juge Martland ait considéré l'exploitation de la compagnie comme déterminante aux fins de décider les questions de compétence.

Les intimés s'appuient en dernier lieu sur l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.*, ce qui n'est pas surprenant, étant donné que cet arrêt démontre de quelle manière une compagnie appartenant à une province peut relever de l'al. 92(10)a) en raison d'une intégration fonctionnelle avec un système national. Bien que la compétence fédérale ait été confirmée dans cet arrêt, celui-ci n'est que de peu de secours aux intimés. En effet, l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.* repose essentiellement sur la conclusion de notre Cour que A.G.T., grâce à son rôle dans Telecom Canada et à ses contrats bilatéraux avec d'autres compagnies de téléphone, était en mesure d'offrir à ses clients un service interprovincial, voire international, de télécommunications. L'appelante Central Western, par contre, ne fournit pas un service interprovincial à ses clients (que ce soit par des accords bilatéraux ou de quelque autre manière). Elle ne fait que transporter le grain dans l'Alberta central. De toute évidence, le degré nécessaire d'intégration fonctionnelle n'existe pas dans son cas.

Il se dégage nettement de l'examen de la jurisprudence pertinente que la question fondamentale est toujours de savoir si Central Western est exploitée d'une manière qui permette de la quali-

necting the province of Alberta to other provinces. As has already been stated, the appellant controls and operates its railway without interference or aid from CN, and I therefore reiterate my conclusion that there exists insufficient operational connection between the two railways to support a finding that Central Western falls within federal jurisdiction as an interprovincial railway under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867*.

(2) *Is Central Western an Integral Part of a Federal Work or Undertaking?*

To conclude that Central Western is not itself a federal work or undertaking pursuant to s. 92(10)(a) does not necessarily preclude a finding that the railway falls within federal jurisdiction. If Central Western can be characterized as an integral part of a federal work or undertaking, it will nonetheless come under s. 92(10)(a) and be subject to the provisions of the *Canada Labour Code*. Indeed, it was on this basis that the Canada Labour Relations Board found Central Western to be subject to federal jurisdiction.

(a) The appropriate test

The issue of whether the federal government has jurisdiction over the labour relations of a work or undertaking not in itself federal has been before this Court on a number of occasions. The basic criteria for deciding this issue were addressed in *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] S.C.R. 529 (the *Stevedores' Reference*), a case which concerned the constitutional validity of Parliament's attempt to regulate the labour relations of stevedores by means of a predecessor to s. 4 of the *Canada Labour Code*. In the *Stevedores' Reference*, the undisputed federal undertaking was the international and interprovincial flow of cargo carried by ships into and out of the port of Toronto. The loading and unloading services were supplied to the shipowner and the cargo shippers by a stevedoring company, which was in no way connected, through corporate ownership, to the shipping concerns. The goods were unloaded by the stevedores

fier de chemin de fer interprovincial reliant l'Alberta à d'autres provinces. Ainsi que je l'ai déjà indiqué, l'appelante contrôle et exploite sa voie ferrée sans l'intervention ni l'aide de CN. Je répète donc ma conclusion que le lien opérationnel existant entre les deux chemins de fer ne suffit pas pour fonder la conclusion que Central Western relève de la compétence fédérale en tant que chemin de fer interprovincial visé à l'al. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

(2) *Central Western fait-elle partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral?*

Conclure que Central Western n'est pas en soi un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral au sens de l'al. 92(10)a n'empêche pas nécessairement de décider qu'elle relève de la compétence fédérale. Si Central Western peut être qualifiée comme faisant partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral, elle tombera néanmoins sous le coup de l'al. 92(10)a et sera assujettie au *Code canadien du travail*. De fait, c'est sur ce fondement que le Conseil canadien des relations du travail a conclu que Central Western était du ressort fédéral.

a) Le critère approprié

Notre Cour a été saisie à plusieurs occasions de la question de savoir si le gouvernement fédéral a compétence sur les relations du travail reliées à un ouvrage ou à une entreprise n'ayant en soi aucun caractère fédéral. Les critères de base à appliquer pour répondre à cette question ont été examinés dans l'affaire *Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, [1955] R.C.S. 529 (l'*Affaire des débardeurs*), qui mettait en cause la constitutionnalité de la tentative du législateur fédéral de réglementer au moyen d'une disposition correspondant à l'actuel art. 4 du *Code canadien du travail* les relations du travail des débardeurs. Dans l'*Affaire des débardeurs*, l'entreprise à caractère incontestablement fédéral consistait dans le transport international et interprovincial de cargaisons par navires qui arrivaient dans le port de Toronto ou qui en partaient. Les services de chargement et de déchargement étaient assurés aux propriétaires de navires et aux expéditeurs de car-

and then were placed upon domestic land-operating transport facilities for onward transportation to the consignee.

This Court found the legislation in question to be *intra vires* the federal government. In an eight to one decision, the stevedoring operations were found to be an integral or essential part of the interprovincial or international transportation of goods by ship. The operational connection and integration between the federal undertaking and the stevedores was complete — the stevedores were an essential “link in the chain” of the federal operation. Effective performance of the federal undertaking would not be possible without the services of the stevedores. Federal jurisdiction there seems to have been based on a finding that the core federal undertaking was dependent to a significant degree on the workers in question.

The above reading of the *Stevedores’ Reference* was verified in *Letter Carriers’ Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178 (*Letter Carriers’*), where the same issue was considered. In *Letter Carriers’*, the Canadian Union of Postal Workers challenged the jurisdiction of the Saskatchewan Labour Relations Board to certify a union for the respondent company. The respondent company had a number of contracts with Canada Post for the delivery and collection of mail, these contracts comprising 90 per cent of the respondent company’s business. In finding that the employees of the respondent company fell under federal jurisdiction, the court seems to have been much influenced by the dependence of the post office upon its subcontractors for mail delivery. Ritchie J., speaking for the Court, held, at p. 183:

In my opinion the work so described which is performed by these employees is essential to the function of the postal service and is carried out under the supervision and control of the Post Office authorities . . . [Emphasis added.]

gaisons par une société de manutention qui n’appartenait d’aucune façon aux entreprises de transport maritime. Les marchandises étaient déchargées par les débardeurs pour être ensuite placées en vue de leur acheminement au consignataire par des moyens de transport terrestre interne.

Notre Cour a jugé que le gouvernement fédéral avait compétence pour adopter la disposition législative en cause. Par une majorité de huit contre un, elle a conclu que les opérations de manutention constituaient une partie intégrante ou essentielle du transport interprovincial ou international de marchandises par navire. Le lien opérationnel entre l’entreprise fédérale et les débardeurs ainsi que leur intégration opérationnelle étaient complets; les débardeurs représentaient un «maillon [essentiel] de la chaîne» de l’entreprise fédérale. Sans les services des débardeurs, l’exploitation efficace de celle-ci aurait été impossible. La compétence fédérale semble avoir été fondée dans cette affaire sur la conclusion que l’entreprise fédérale principale dépendait dans une grande mesure des travailleurs en question.

Cette interprétation de l’*Affaire des débardeurs* se trouve confirmée dans l’arrêt *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178 (*Union des facteurs*), où la même question a été examinée. Dans l’affaire *Union des facteurs*, l’Union des facteurs du Canada contestait la compétence de la commission des relations du travail de la Saskatchewan pour accréditer un syndicat pour la compagnie intimée. Cette dernière avait avec les postes canadiennes un certain nombre de contrats de distribution et de levée du courrier, lesquels contrats représentaient 90 pour 100 du travail de la compagnie intimée. En concluant que les employés de la compagnie intimée relevaient de la compétence fédérale, notre Cour semble avoir été grandement influencée par le fait que les postes canadiennes dépendaient de leurs sous-traitants pour assurer la distribution du courrier. Le juge Ritchie, au nom de la Cour, dit, à la p. 183:

À mon avis, le travail ainsi décrit qui est exécuté par ces employés est essentiel au fonctionnement du service postal et il est accompli sous la surveillance et le contrôle des fonctionnaires des postes canadiennes . . . [Je souligne.]

He later commented, at p. 186, that the work of the respondent company's drivers "was an integral part of the effective operation of the Post Office".

Both the *Stevedores' Reference* and *Letter Carriers'* cases indicate that dependence of a core federal work or undertaking upon a group of workers tends to support federal jurisdiction over those workers. In subsequent judgments of this Court, this jurisdictional test has been elaborated upon. Prime among these more recent decisions is *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 (*Northern Telecom No. 1*), where this Court considered the proper interpretation and application of ss. 2 and 4 of the *Canada Labour Code*. Specifically, the issue in *Northern Telecom No. 1* was whether the employees of Northern Telecom were employed upon or in connection with the operation of any federal work or undertaking, so as to bring them within the jurisdiction of the Canada Labour Relations Board. The core federal work in question was the telephone and telecommunications system operated by Bell Canada.

This Court reviewed the relevant case law and devised a test for the determination of whether a group of employees falls within federal or provincial jurisdiction. This test involves looking for a practical or functional integration between the core federal work or undertaking and the employees in question. In *Northern Telecom No. 1*, the guiding principles were summarized from the decision of Beetz J. in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, and set out as follows at pp. 132-33:

(1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule.

(2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject.

(3) Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to

Il ajoute, à la p. 186, que le travail des chauffeurs de la compagnie intimée «constitue une partie intégrante de l'exploitation efficace des postes canadiennes».

^a Il ressort de l'*Affaire des débardeurs* et de l'arrêt *Union des facteurs* que le fait que l'entreprise fédérale principale dépend d'un groupe de travailleurs tend à confirmer la compétence fédérale à l'égard de ces travailleurs. Dans des arrêts subséquents, notre Cour a précisé la portée de ce critère servant à établir la compétence. Parmi ces arrêts plus récents, c'est *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 (*Northern Telecom n° 1*), qui est le plus important. Dans cette affaire, notre Cour s'est penchée sur la façon dont il convient d'interpréter et d'appliquer les art. 2 et 4 du *Code canadien du travail*. Plus précisément, il s'agissait de déterminer dans *Northern Telecom n° 1* si les employés de Northern Telecom étaient employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, de sorte qu'ils relevaient de la compétence du Conseil canadien des relations du travail. L'ouvrage fédéral principal en question était le système téléphonique et de télécommunications exploité par Bell Canada.

Notre Cour a passé en revue la jurisprudence pertinente et a élaboré un critère permettant de déterminer si un groupe d'employés relève de la compétence fédérale ou bien de la compétence provinciale. Ce critère consiste à examiner s'il existe une intégration pratique ou fonctionnelle de l'entreprise fédérale principale et des employés en question. Dans l'arrêt *Northern Telecom n° 1*, aux pp. 132 et 133, on reprend en résumé les principes directeurs énoncés par le juge Beetz dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754:

(1) Les relations de travail comme telles et les termes d'un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3) La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales

labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence.

(4) Thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one.

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of a "going concern", without regard for exceptional or casual factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity.

A recent decision of the British Columbia Labour Relations Board, *Arrow Transfer Co. Ltd.*, provides a useful statement of the method adopted by the courts in determining constitutional jurisdiction in labour matters. First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as "vital", "essential" or "integral". As the Chairman of the Board phrased it, at pp. 34-5:

In each case the judgment is a functional, practical one about the factual character of the ongoing undertaking and does not turn on technical, legal niceties of the corporate structure or the employment relationship.

In *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733 (*Northern Telecom No. 2*), the same issues were before the Court, though with respect to a different set of workers. It was again emphasized that the jurisdictional question depends mainly upon the nature of the relationship between the core federal work or undertaking and the enterprise in question.

The principles enunciated in *Northern Telecom No. 1* are not intended to be applied in a strict or

relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglementation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale.

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active», sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière.

Une décision récente du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique, *Arrow Transfer Co. Ltd.*, expose la méthode retenue par les cours pour déterminer la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail. Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié «fondamental», «essentiel» ou «vital». Comme l'a déclaré le président de la Commission, aux pp. 34 et 35:

[TRADUCTION] Dans chaque cas la décision est un jugement à la fois fonctionnel et pratique sur le caractère véritable de l'entreprise active et il ne dépend pas des subtilités juridiques de la structure de la société en cause ou des relations de travail.

Dans l'affaire *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733 (*Northern Telecom n° 2*), la Cour se trouvait saisie des mêmes questions, sauf qu'il s'agissait d'un groupe d'employés différent. On a encore une fois souligné que la question de compétence tient principalement à la nature du rapport entre l'entreprise fédérale principale et l'entreprise en cause.

Les principes énoncés dans l'arrêt *Northern Telecom n° 1* ne sont pas censés être appliqués

rigid manner; instead, the test should be flexible and attentive to the facts of each particular case. As was stated in *A.G.T. v. C.R.T.C.*, at p. 258:

It is impossible, in my view, to formulate in the abstract a single comprehensive test which will be useful in all of the cases involving s. 92(10)(a). The common theme in the cases is simply that the court must be guided by the particular facts in each situation, an approach mandated by this Court's decision in *Northern Telecom, 1980, supra*. Useful analogies may be found in the decided cases, but in each case the determination of this constitutional issue will depend on the facts which must be carefully reviewed as was done by the trial judge in the present appeal.

The issue in *A.G.T. v. C.R.T.C.* differed somewhat from that arising in *Northern Telecom No. 1* and *Northern Telecom No. 2* as the jurisdictional question related to the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission rather than the Canada Labour Relations Board. Nevertheless, the flexible approach advocated in *A.G.T. v. C.R.T.C.* is equally applicable in the context of labour relations.

Applying the *Northern Telecom No. 1* approach to the facts of this case, the first task is to identify a core federal work or undertaking in relation to which Central Western might conceivably be seen as integral. As stated above, the Canada Labour Relations Board identified three core federal undertakings connected to Central Western: CN, the grain elevators found along the railway, and the "Western Grain Transportation Network". I will examine each of these in turn.

(i) *Canadian National Railway*

Operating interprovincially, as it does, CN is undoubtedly a federal work and undertaking. The more difficult question is whether there exists between it and Central Western a nexus sufficient to justify placing the latter within federal jurisdiction. In answering this question, the approach set out in *Northern Telecom No. 1* suggests that it is

d'une manière stricte ou rigide; le critère devrait au contraire être souple et tenir compte des faits de chaque espèce. Comme on le dit dans l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.*, à la p. 258:

^a À mon avis, il est impossible de formuler en l'absence de contexte un seul critère qui soit complet et utile dans tous les cas relatifs à l'al. 92(10)a). Le dénominateur commun de ces arrêts est simplement que ce sont les faits particuliers de chaque cas qui doivent guider le tribunal, une méthode dictée par l'arrêt de cette Cour *Northern Telecom, 1980, précité*. Il est possible de trouver des analogies utiles dans la jurisprudence, mais dans chaque cas, la réponse à cette question constitutionnelle variera selon les faits qui doivent être examinés soigneusement comme l'a fait le juge de première instance en l'espèce.

L'affaire *A.G.T. c. C.R.T.C.* diffère un peu des affaires *Northern Telecom n° 1* et *Northern Telecom n° 2* en ce que la question de compétence concerne le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes plutôt que le Conseil canadien des relations du travail. Quoi qu'il en soit, l'approche souple préconisée dans l'arrêt *A.G.T. c. C.R.T.C.* s'applique tout autant dans le contexte des relations du travail.

En appliquant aux faits de la présente instance la méthode énoncée dans l'arrêt *Northern Telecom n° 1*, on doit d'abord identifier une entreprise fédérale principale dont Central Western pourrait être considérée comme faisant partie intégrante. Ainsi que je l'ai dit précédemment, le Conseil canadien des relations du travail a nommé trois entreprises fédérales principales reliées à Central Western, à savoir: CN, les élévateurs à grain situés le long du chemin de fer et le «réseau de transport du grain de l'Ouest». Je me propose d'examiner dans l'ordre chacune de ces entreprises.

(i) *La compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*

ⁱ Vu le caractère interprovincial de ses activités, CN constitue assurément un ouvrage et une entreprise de compétence fédérale. Plus épineuse, toutefois, est la question de savoir s'il existe entre elle et Central Western un lien suffisant pour justifier que celle-ci soit assujettie à la compétence fédérale. En ce qui concerne cette question, l'approche

necessary to look to the nature of the normal or habitual operation of Central Western.

As described in the facts above, Central Western is used for the transportation of grain. Although the method of moving grain along Central Western has not changed significantly since its sale to the appellant, CN no longer participates in the day to day operations of moving grain between Ferlow Junction and Dinosaur. Presently, CN's only contact with Central Western occurs when its locomotives deliver and retrieve grain cars at the north end of the line. Unlike in *Northern Telecom No. 1*, there is no daily or simultaneous connection between the two enterprises. In that case, at p. 773, it was noted that the employees of Northern Telecom:

... have contact with, and must closely co-ordinate their work with, Bell Canada employees. In this overall context, installation is not the end of the manufacturing process. It is not even properly described as the beginning of the operation of the federal undertaking. [Emphasis in original.]

As the above passage indicates, if work occurs simultaneously between the two enterprises functional integration may exist. This temporal integration does not exist, however, between the appellant and CN, as each operates independently within its own sphere. The appellant is responsible for taking empty grain cars to the various elevators, filling them with grain and then transporting them to Ferlow Junction where they are transferred to CN locomotives. Only when the grain cars are transferred do the two companies co-ordinate their work. The transfer can thus be seen as a connection at the end of the local transportation process, unlike in *Northern Telecom No. 1* where the service provided by Northern Telecom took place simultaneously with the service provided by Bell. Both Bell Canada and Northern Telecom were seen to work together in order to provide a single service. Furthermore, it was necessary for Northern Telecom workers to be on Bell premises on a daily basis. Such is not the case in this appeal because CN employees and trains only enter upon

exposée dans l'arrêt *Northern Telecom n° 1* semble exiger que l'on tienne compte de la nature des activités normales ou habituelles de Central Western.

^a Ainsi que je l'indique dans l'exposé des faits ci-dessus, Central Western sert au transport du grain. Bien que la façon de transporter le grain sur ce chemin de fer n'ait pas changé sensiblement depuis qu'il a été vendu à l'appelante, CN ne participe plus aux opérations quotidiennes du transport du grain entre Ferlow Junction et Dinosaur. À l'heure actuelle, CN n'a aucun contact avec Central Western, si ce n'est lorsque ses locomotives livrent et reprennent des wagons à grain à l'extrémité nord de la voie. Contrairement à ce qui se passait dans l'affaire *Northern Telecom n° 1*, il n'y a aucun lien quotidien ou de simultanéité entre les deux entreprises. Dans cet arrêt-là, à la p. 773, on fait remarquer que les employés de Northern Telecom:

^e ... ont des contacts et doivent travailler en étroite coordination avec les employés de Bell Canada. Dans ce contexte général, l'installation ne constitue pas la dernière étape de la fabrication. On ne peut même pas vraiment dire non plus que ce soit le début de l'exploitation de l'entreprise fédérale. [Souligné dans le texte original.]

^f Comme l'indique ce passage, si les deux entreprises se livrent simultanément et conjointement à certaines activités, il peut y avoir intégration fonctionnelle. Cette intégration temporelle n'existe cependant pas entre l'appelante et CN, car chacune de ces entreprises fonctionne indépendamment dans son propre champ d'activité. L'appelante se charge d'acheminer des wagons à grain vides aux différents élévateurs, de les remplir de grain et ensuite de les remorquer à Ferlow Junction où ils sont attelés à des locomotives de CN. Ce n'est qu'au moment du transfert des wagons à grain que les deux compagnies coordonnent leurs activités. Ce transfert peut donc être considéré comme un lien établi à la fin du processus du transport local, à la différence du cas qui se présentait dans l'affaire *Northern Telecom n° 1* où le service de Northern Telecom et celui de Bell étaient fournis simultanément. De toute évidence, Bell Canada et Northern Telecom agissaient en collaboration afin d'offrir un seul service. En outre, il était nécessaire que des employés de

Central Western's property in order to transfer grain cars to or from Ferlow Junction.

It is also significant that in both *Northern Telecom No. 1* and *Northern Telecom No. 2*, the employees concerned were located in five different provinces, a situation which would seem to advance the conclusion that their work was integral to an interprovincial work or undertaking. The appellant's employees, on the other hand, are located wholly within Alberta and in the normal course of affairs have no occasion to travel beyond that province in a working capacity.

Finally, and perhaps most importantly, it cannot be said that CN is in any way dependent on the services of the appellant. Since 1963, CN has consistently wanted to abandon the Central Western rail line, indicating that the line is not vital or essential to its operations. Consequently, in contrast to the *Northern Telecom* cases, the core federal undertaking (CN) would not be severely disadvantaged if the appellant's employees failed to perform their usual tasks. In sharp contrast to the *Stevedores' Reference* or *Letter Carriers'* case, the effective performance of CN's obligation as a national railway is not contingent upon the services of the appellant. These factors point strongly, almost decisively, against a finding of federal jurisdiction over the employees in question.

(ii) *Grain Elevators*

The Canada Labour Relations Board also founded federal jurisdiction over Central Western on the conclusion that work performed by employees of the appellant was integral to the operation of the grain elevators located along the rail line. The grain elevators are viewed as a core federal undertaking because there exists a

Northern Telecom soient présents chaque jour sur des lieux occupés par Bell. Tel n'est pas le cas en l'espèce, car les employés et les trains de CN ne pénètrent sur les propriétés de Central Western que pour effectuer le transfert de wagons à grain à destination ou en provenance de Ferlow Junction.

Il importe aussi de signaler que dans les arrêts *Northern Telecom n° 1* et *Northern Telecom n° 2* les employés concernés se trouvaient dans cinq provinces différentes, circonstance qui semble étayer la conclusion que leur travail faisait partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère interprovincial. Les employés de l'appelante, par contre, travaillent exclusivement en Alberta et ne sont pas appelés dans le cours normal des affaires à voyager à l'extérieur de cette province pour s'acquitter de leurs fonctions.

En dernier lieu, et c'est peut-être là le point le plus important, on ne saurait prétendre que CN dépend de quelque manière des services de l'appelante. Depuis 1963, CN a toujours voulu abandonner la ligne de chemin de fer Central Western, ce qui indique que cette ligne ne constitue une partie ni vitale ni essentielle de ses opérations. Il s'ensuit que, contrairement à la situation dans les affaires *Northern Telecom*, cela ne causerait aucun inconvénient grave pour l'entreprise fédérale principale (CN) si les employés de l'appelante n'accomplissaient pas leurs tâches habituelles. La présente instance diffère nettement de l'*Affaire des débardeurs* et de l'affaire *Union des facteurs* en ce que l'exécution efficace des obligations de CN en tant que chemin de fer national ne tient nullement aux services de l'appelante. Voilà des facteurs qui militent fortement, de façon presque décisive, contre une conclusion en faveur de la compétence fédérale sur les employés en question.

(ii) *Les élévateurs à grain*

Le Conseil canadien des relations du travail a en outre fondé la compétence fédérale relativement à Central Western sur la conclusion que le travail accompli par les employés de cette dernière faisait partie intégrante de l'exploitation des élévateurs à grain situés le long du chemin de fer. On considère les élévateurs à grain comme une entreprise fédé-

s. 92(10)(c) declaration that they are “for the general Advantage of Canada”.

In my view, this issue can be dealt with summarily. As the intervener the Attorney General for Alberta argued, the elevators are not dependent upon the continued operation of Central Western. Elevators exist to receive, grade, handle and store grain but are not directly concerned with the transportation of grain. Grain could be transported from the elevators by alternative means, such as trucking, without altering the usefulness of the elevators along the line. There is thus an insufficient nexus between the grain elevators and Central Western to bring the railway within federal jurisdiction.

(iii) *Western Grain Transportation Network*

The final ground upon which the Canada Labour Relations Board upheld federal jurisdiction over Central Western concerned the rail line's place in what the Board referred to as the “Western Grain Transportation Network”. My understanding is that the Board used this term as a “catch all” phrase for the array of federal regulatory powers relating to the movement of grain in Canada. It is fair to assume that the Board was referring to the fact that: (i) the interprovincial rail lines carry grain for transport overseas; (ii) some of the grain cars are owned by a federal government authority; (iii) the movement and distribution of grain is controlled by federal agencies; and (iv) grain elevators are federal works. In my view, however, in order for Central Western to be integrated with a federal work or undertaking, there must exist a discrete and identifiable work or undertaking that is clearly within federal jurisdiction. Such is not the case here.

Put simply, I do not agree that a Western Grain Transportation Network exists for the purposes of the jurisdictional designation of the Central Western. One cannot ignore, of course, the significant

rale principale parce qu'ils ont été déclarés être «à l'avantage général du Canada» conformément à l'al. 92(10)c).

a À mon avis, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur ce point. Comme l'a fait valoir l'intervenant le procureur général de l'Alberta, les élévateurs ne dépendent pas de l'exploitation suivie de Central Western. Les élévateurs servent à la réception, au classement, à la manutention et à l'entreposage du grain mais ne jouent aucun rôle direct dans son transport. On pourrait en effet avoir recours à d'autres moyens, à des camions par exemple, pour assurer l'acheminement du grain depuis les élévateurs, sans que cela nuise à l'utilité des élévateurs se trouvant le long du chemin de fer. Le lien entre les élévateurs à grain et le chemin de fer Central Western est donc insuffisant pour faire relever celui-ci de la compétence fédérale.

(iii) *Le réseau de transport du grain de l'Ouest*

Le dernier motif sur lequel le Conseil canadien des relations du travail s'est fondé pour conclure à la compétence fédérale sur Central Western concerne le rôle de ce chemin de fer dans ce que le Conseil a appelé le «réseau de transport du grain de l'Ouest». À ce que je peux voir, le Conseil a employé cette expression comme un «fourre-tout» comprenant l'ensemble des pouvoirs réglementaires fédéraux se rapportant au transport du grain au Canada. On peut à bon droit supposer que le Conseil faisait allusion au fait que (i) les chemins de fer provinciaux transportent le grain en vue de son exportation à l'étranger, (ii) certains wagons à grain appartiennent à un organe du gouvernement fédéral, (iii) le transport et la distribution du grain est soumis au contrôle d'organismes fédéraux et (iv) les élévateurs à grain sont des ouvrages fédéraux. J'estime cependant que Central Western ne peut faire partie intégrante d'un ouvrage ou d'une entreprise à caractère fédéral que s'il existe un ouvrage ou une entreprise identifiables et distincts qui relèvent manifestement de la compétence fédérale. Or, tel n'est pas le cas en l'espèce.

En termes simples, je ne crois pas, pour les fins de la détermination de la compétence sur Central Western, qu'il existe un réseau de transport du grain de l'Ouest. On ne saurait, bien sûr, faire

federal involvement in the field. But the fact that several entities involved in the transport of grain fall under federal jurisdiction cannot on its own serve to bring everything connected with that industry under federal jurisdiction. Parliament cannot expand its legislative jurisdiction in this manner.

I am in agreement with the Federal Court of Appeal's unanimous rejection of this basis for federal regulatory control. To conclude otherwise would be to grant Parliament a licence to "sweep in" provincial jurisdiction dealing with all matters integral to the so-called grain transport system. Such a proposition long has been rejected by the courts. For example, in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (the *Empress Hotel* case), the Privy Council rejected the argument that the regulation of the labour relations of the employees of the *Empress Hotel* in Victoria was integral to a "unified system" of transportation. Lord Reid, at p. 140, held:

... their Lordships can find neither principle nor authority to support the competence of the Parliament of Canada to legislate on a matter which clearly falls within the enumerated heads in s. 92 and cannot be brought within any of the enumerated heads in s. 91 merely because the activities of one of the parties concerned in the matter have created a unified system which is widespread and important in the Dominion.

I find this *dicta* equally applicable to the case at bar, and thus conclude that the federal government cannot obtain jurisdiction over Central Western by reason of the rail line's relationship with a grain transport system.

(b) Application of the Test in Other Industries

While the general approach to jurisdictional questions adopted in the *Northern Telecom* cases is critical to the disposition of this appeal, it must not be forgotten that the nature of telecommunication systems is quite different from the railway business. It is worthwhile, therefore, to consider other cases which deal with the same division of powers issues under s. 92(10)(a), but with respect

abstraction de l'importance du rôle fédéral dans ce domaine. Mais le fait que plusieurs entités participant au transport du grain relèvent de la compétence fédérale ne suffit pas en soi pour que tout ce qui se rattache à cette industrie soit assujéti à la compétence fédérale. Le Parlement ne peut étendre de cette manière sa compétence législative.

Je partage l'avis de la Cour d'appel fédérale, qui a rejeté à l'unanimité ce fondement d'un contrôle réglementaire fédéral. Tirer la conclusion contraire reviendrait d'ailleurs à autoriser le Parlement à «s'arroger» la compétence provinciale relativement à tout ce qui fait partie intégrante du réseau de transport du grain, comme on l'appelle. Or, il y a longtemps que les tribunaux n'admettent pas une telle proposition. Par exemple, dans l'arrêt *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia*, [1950] A.C. 122 (l'arrêt *Empress Hotel*), le Conseil privé a écarté l'argument selon lequel la réglementation des relations du travail des employés de l'hôtel *Empress* à Victoria faisait partie intégrante d'un [TRADUCTION] «réseau unifié» de transport. Lord Reid dit, à la p. 140:

[TRADUCTION] ... leurs Seigneuries ne peuvent trouver ni principe ni arrêt qui soutienne que le Parlement du Canada est compétent pour légiférer sur une question que les paragraphes de l'art. 92 (et non ceux de l'art. 91) visent clairement, uniquement parce que l'activité de l'une des parties en cause a créé un réseau unifié, étendu et important dans le Dominion.

Selon moi, cette opinion s'applique tout autant en l'espèce et je conclus en conséquence que le lien existant entre Central Western et un réseau de transport du grain ne donne pas au gouvernement fédéral compétence sur ce chemin de fer.

(b) L'application du critère dans d'autres industries

Bien que la façon générale d'aborder les questions de compétence adoptée dans les arrêts *Northern Telecom* soit cruciale aux fins de trancher le présent pourvoi, il ne faut pas oublier que de par leur nature les systèmes de télécommunications diffèrent nettement des chemins de fer. D'où l'utilité de considérer d'autres arrêts portant sur les mêmes questions concernant le partage des pou-

to different industries. In doing so, it will become apparent that the application of the *Northern Telecom* approach is consistent with jurisdictional rulings made in other cases.

A result comparable to that which I advocate in this appeal was obtained by the Federal Court of Appeal in *National Energy Board (Re)*, [1988] 2 F.C. 196. The issue there was whether a bypass pipeline built entirely within a province in order to link a plant with an interprovincial gas pipeline was subject to federal jurisdiction. After reviewing much of the case law referred to above, MacGuigan J. commented on the nature of the jurisdictional test, stating at p. 216:

In this context it is immediately apparent that in the vast majority of cases under paragraph 92(10)(a) the courts have explicitly required the parties alleging federal jurisdiction to meet what the NEB initially termed the "vital, essential or integral to the undertaking" test, and then shortened to the "essential test". . . . Whatever the terminology adopted, the courts say again and again in these cases that for a work or undertaking to fall under federal jurisdiction under paragraph 92(10)(a), it must either be an interprovincial work or undertaking (the primary instance) or be joined to an interprovincial work or undertaking through a necessary nexus (the secondary instance). [Emphasis in original.]

Though built for the express purpose of linking up to an interprovincial pipeline, the pipeline in question was physically contained within the province. For this reason, it was held to fall under provincial jurisdiction. MacGuigan J. found that there did not exist a nexus with the interprovincial work sufficient to bring the intraprovincial pipeline under federal jurisdiction.

The pipeline analogy provides useful support for the disposition that I advocate in this appeal. Central Western is physically contained within the

voirs soulevées dans le contexte de l'al. 92(10)(a), mais à l'égard d'industries différentes. Cela nous permettra de constater que l'application de la méthode suivie dans les arrêts *Northern Telecom* s'accorde avec les décisions en matière de compétence rendues dans d'autres affaires.

Dans l'arrêt *Office national de l'énergie (Re)*, [1988] 2 C.F. 196, la Cour d'appel fédérale est arrivée à un résultat analogue à celui que je propose dans le présent pourvoi. La question dans cette affaire était de savoir si un pipeline de dérivation construit entièrement dans les limites d'une province et destiné à relier une usine à un gazoduc interprovincial, relevait de la compétence fédérale. Après avoir examiné une bonne partie de la jurisprudence susmentionnée, le juge MacGuigan traite de la nature du critère servant à déterminer la compétence. Il affirme à ce propos, à la p. 216:

Dans un tel contexte, il apparaît immédiatement que, dans la grande majorité des affaires mettant en jeu l'alinéa 92(10)(a), les tribunaux ont expressément exigé des parties alléguant l'existence d'une compétence fédérale qu'elles satisfassent au critère que l'ONÉ a initialement appelé le critère «fondamental, essentiel ou vital de l'entreprise», pour le raccourcir [*sic*] par la suite en le qualifiant de critère «essentiel» [. . .] Quelque langage qu'ils adoptent, les tribunaux affirment de façon répétée dans ces décisions qu'un ouvrage ou une entreprise, pour relever de la compétence fédérale selon l'alinéa 92(10)(a), doit soit constituer un ouvrage ou une entreprise interprovinciale (la catégorie des ouvrages et entreprises principales) ou être attaché à un ouvrage ou une entreprise interprovinciale entretenant avec lui ou avec elle un lien nécessaire (la catégorie des ouvrages et entreprises accessoires). [Souligné dans le texte original.]

Quoique construit expressément dans le but du raccordement à un pipeline interprovincial, le pipeline en cause se trouvait dans les limites de la province. C'est pourquoi on a décidé qu'il relevait de la compétence provinciale. Le juge MacGuigan a conclu qu'il n'existait pas avec l'ouvrage interprovincial un lien suffisant pour que le fédéral ait compétence relativement au pipeline intraprovincial.

L'exemple du pipeline a ceci d'utile qu'il appuie la décision que je propose en l'espèce. Le chemin de fer Central Western est situé dans les limites de

province of Alberta, much like the pipeline in *National Energy Board (Re)*. In both instances, spatial boundaries limit the range of the business' operations, something which can less easily be said with regard to broadcasting systems, where territorial boundaries are not extremely critical to the nature of the enterprise. Indeed, the circumstances surrounding Central Western provide an even stronger case for provincial control than is evident in the pipeline example, it being entirely possible for the appellant to conduct other business along its railway.

I also find it useful to refer to a series of cases commonly known as the "freight forwarder" cases. These cases deal with labour jurisdiction over companies engaged in "freight forwarding"—the business of collecting freight in a province for the purpose of shipping it outside the province by railway. The leading case is *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174, where the Federal Court of Appeal held that freight forwarding companies were subject to provincial jurisdiction. I find the comments of Jackett C.J., at pp. 177-78, applicable in the present appeal:

Even if the applicant's activities and those of the Cottrell Company are viewed as integral parts of a whole, in my view they do not constitute an "undertaking" that falls within section 92(10)(a) of the *British North America Act* or within the definition of "federal work, undertaking or business" in the *Canada Labour Code*. In my view, the only interprovincial undertaking involved here is the Canadian National interprovincial railway. Clearly, a shipper on that railway from one province to another does not, by virtue of being such a shipper, become the operator of an interprovincial undertaking. If that is so, as it seems to me, the mere fact that a person makes a business of collecting freight in a province for the purpose of shipping it in volume outside the province by public carrier, does not make such a person the operator of an interprovincial undertaking.

I agree. To hold otherwise would be to undermine completely the division of powers for, absent a requirement of functional integration, virtually

la province d'Alberta, tout comme le pipeline dont il s'agit dans l'arrêt *Office national de l'énergie (Re)*. Dans l'un et l'autre cas, l'exploitation de l'entreprise se fait à l'intérieur de certaines limites géographiques, ce qui est moins facilement soutenable à l'égard de réseaux de radiodiffusion, pour lesquels les frontières territoriales ne sont pas vraiment déterminantes quant à la nature de l'entreprise. En fait, la situation de Central Western milite encore plus fortement que l'exemple du pipeline en faveur de la compétence provinciale, car il est entièrement possible que l'appelante se livre à d'autres activités sur son chemin de fer.

Je crois en outre qu'il est utile de mentionner une série de causes communément appelées les affaires des «transitaires». Celles-ci concernent la compétence en matière de relations du travail à l'égard de sociétés se livrant à l'expédition de marchandises, c'est-à-dire à l'activité consistant à réunir des marchandises dans une province en vue de les expédier par train à l'extérieur de cette province. L'arrêt de principe dans ce domaine est *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174, où la Cour d'appel fédérale a décidé que les sociétés d'expédition relevaient de la compétence provinciale. J'estime que les observations faites par le juge en chef Jackett aux pp. 177 et 178 s'appliquent au présent pourvoi:

Même si l'on considère les activités de la requérante et celles de la compagnie Cottrell comme faisant partie intégrante d'un tout, elles ne constituent pas selon moi une «entreprise» relevant de l'article 92(10)(a) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* ou de la définition d'«entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» du *Code canadien du travail*. À mon sens, la seule entreprise interprovinciale impliquée en l'espèce est le chemin de fer interprovincial du Canadien National. Indubitablement, l'expéditeur utilisant le chemin de fer pour le transport de marchandises d'une province à une autre ne devient pas, de ce fait, l'exploitant d'une entreprise interprovinciale. Si c'est le cas, comme je le crois, le simple fait qu'une personne s'occupe de ramasser des marchandises dans une province pour les faire expédier en larges quantités à l'extérieur de la province par un transporteur public ne fait pas de cette personne un exploitant d'une entreprise interprovinciale.

Je suis d'accord. La conclusion contraire minerait complètement le partage des pouvoirs puisque, en l'absence d'une exigence d'intégration fonction-

any activity could be said to “touch” a federally regulated interprovincial undertaking. In my view, moreover, this Court’s *dicta* consistently suggests that something more than physical connection and a mutually beneficial commercial relationship with a federal work or undertaking is required for a company to fall under federal jurisdiction. In my opinion, the requisite degree of integration is absent on these facts. Consequently, I conclude that Central Western is not integral to any federal work or undertaking.

Conclusions

The issues arising in this appeal may be resolved as follows:

(1) Is Central Western a federal work or undertaking under s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* so as to make it subject to the *Canada Labour Code*?

Answer: No.

(2) Is Central Western nonetheless subject to the *Canada Labour Code* by reason of its being an integral part of a federal work or undertaking so as to bring it within s. 92(10)(a)?

Answer: No.

The constitutional question is answered as follows:

Is the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, constitutionally applicable to the short line railway owned and operated by the appellant Central Western Railway Corporation?

Answer: No.

The appeal is thus allowed, with costs to the appellant.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague Chief Justice Dickson and I agree with him that the Central Western Railway (“Central Western”) is not itself a federal work or undertaking. I disagree, however, that Central Western is not integrally connected to a federal work or undertaking and that therefore

nelle, à peu près n’importe quelle activité pourrait être considérée comme «touchant» une entreprise interprovinciale relevant de la compétence fédérale. J’estime en outre que les opinions exprimées par notre Cour établissent uniformément qu’il en faut davantage que l’existence d’un lien matériel et des relations commerciales mutuellement avantageuses avec un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral pour qu’une compagnie soit assujettie à la compétence fédérale. Selon moi, les faits de l’espèce n’établissent pas le degré d’intégration requis. Cela étant, je conclus que Central Western ne fait pas partie intégrante d’un ouvrage ou d’une entreprise à caractère fédéral.

Conclusions

Les questions soulevées dans le présent pourvoi peuvent être tranchées de la manière suivante:

(1) Central Western est-elle un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral au sens de l’al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* de sorte que le *Code canadien du travail* s’y applique?

Réponse: Non.

(2) Central Western est-elle néanmoins assujettie au *Code canadien du travail* parce qu’elle fait partie intégrante d’un ouvrage ou d’une entreprise à caractère fédéral de sorte qu’elle relève de l’al. 92(10)a)?

Réponse: Non.

La question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, est-il constitutionnellement applicable à une ligne de chemin de fer secondaire dont l’appelante Central Western Railway Corporation est propriétaire et qu’elle gère?

Réponse: Non.

Le pourvoi est en conséquence accueilli avec adjudication des dépens à l’appelante.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON (dissidente)—J’ai eu l’avantage de lire les motifs de jugement de mon collègue le juge en chef Dickson et comme lui je suis d’avis que Central Western Railway («Central Western») n’est pas, par elle-même, un ouvrage ou une entreprise à caractère fédéral. Je ne suis cependant pas d’accord que Central Western n’est pas reliée inté-

the labour relations of the appellant company are subject to provincial jurisdiction. In my view, Central Western is an integral part of the Canadian National Railway ("Canadian National" or "CN") and the labour relations of Central Western are governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1 (now R.S.C., 1985, c. L-2).

1. The Relevant Legislation

The *Constitution Act, 1867* provides:

91. . . . it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

29. Such Classes of Subjects as are expressly excepted in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subject next herein-after enumerated; that is to say, —

10. Local Works and Undertakings other than such as are of the following Classes: —

(a) Lines of Steam or other Ships, Railways, Canals, Telegraphs, and other Works and Undertakings connecting the Province with any other or others of the Provinces, or extending beyond the Limits of the Province:

13. Property and Civil Rights in the Province.

The *Canada Labour Code* provides:

2. In this Act

"federal work, undertaking or business" means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of the Parliament of Canada, including without restricting the generality of the foregoing:

généralement à un ouvrage ou entreprise à caractère fédéral et qu'en conséquence les relations du travail de l'appelante sont de compétence provinciale. À mon avis, Central Western fait intégralement a partie des Chemins de fer nationaux canadiens («Canadien national» ou «CN») et les relations du travail de Central Western sont régies par le *Code Canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1 (maintenant L.R.C. (1985), ch. L-2).

1. Les dispositions législatives applicables

La *Loi constitutionnelle de 1867* est ainsi conçue:

91. . . . il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

29. les catégories de sujets expressément exceptés dans l'énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

10. les ouvrages et entreprises d'une nature locale, autres que ceux qui sont énumérés dans les catégories suivantes:

a) lignes de bateaux à vapeur ou autres navires, chemins de fer, canaux, télégraphes et autres ouvrages et entreprises reliant la province à une autre ou à d'autres provinces, ou s'étendant au-delà des limites de la province;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

Le *Code canadien du travail* prévoit ceci:

2. Dans la présente loi:

i «entreprise, affaire ou ouvrage de compétence fédérale» ou «entreprise fédérale» signifie tout ouvrage, entreprise ou affaire ressortissant au pouvoir législatif du Parlement du Canada, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède:

(b) a railway, canal, telegraph or other work or undertaking connecting any province with any other or others of the provinces, or extending beyond the limits of a province;

(h) a work or undertaking that, although wholly situated within a province, is before or after its execution declared by the Parliament of Canada to be for the general advantage of Canada or for the advantage of two or more of the provinces; and

(i) a work, undertaking or business outside the exclusive legislative authority of provincial legislatures;

108. This Part applies in respect of employees who are employed upon or in connection with the operation of any federal work, undertaking or business and in respect of the employers of all such employees in their relations with such employees and in respect of trade unions and employers' organizations composed of such employees or employers.

2. The Appropriate Test

My colleague Dickson C.J. suggests that the older authorities stand for the proposition that federal jurisdiction over the labour relations of provincial operations follows where federal works or undertakings are dependent on those provincial enterprises. He goes on to observe that there has been a shift in the jurisprudence from this approach to one which permits a broad range of factors to be taken into account but which retains dependency as the *sine qua non* for federal jurisdiction in labour matters. In my view, the authorities do not reveal that dependency of federal enterprises on "subsidiary" provincial operations is the bench mark of federal jurisdiction over labour relations. A brief review of the relevant caselaw bears this out.

In *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, the Privy Council determined that the constitutional power to pass laws in relation to labour relations is vested in the provinces by virtue of s. 92(13). The *Snider* case established the general rule in respect of labour relations matters under the *Constitution Act, 1867*. Primary provincial competence over labour relations remains the rule to this day; see *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of*

b) tout chemin de fer, canal, télégraphe ou autre ouvrage ou entreprise reliant une province à une ou plusieurs autres, ou s'étendant au-delà des limites d'une province;

h) tout ouvrage ou entreprise que le Parlement du Canada déclare (avant ou après son achèvement) être à l'avantage du Canada en général, ou de plus d'une province, bien que situé entièrement dans les limites d'une province; et

i) tout ouvrage, entreprise ou affaire ne ressortissant pas au pouvoir législatif exclusif des législatures provinciales;

108. La présente Partie s'applique aux employés dans le cadre d'une entreprise fédérale, aux patrons de ces employés dans leurs rapports avec ces derniers, ainsi qu'aux organisations patronales groupant ces patrons et aux syndicats groupant ces employés.

2. Le critère approprié

Mon collègue le juge en chef Dickson est d'opinion que, selon les précédents anciens, la compétence fédérale s'applique aux relations du travail relatives aux opérations d'une entreprise provinciale dès lors que les ouvrages ou entreprises fédérales dépendent des opérations de cette entreprise. Il poursuit en faisant remarquer qu'on est passé, dans la jurisprudence, de cette façon de voir à une autre qui permet de tenir compte d'une grande variété de facteurs, mais qui retient la dépendance comme condition *sine qua non* de la compétence fédérale en matière de travail. À mon avis, les précédents ne laissent pas voir que la dépendance des entreprises fédérales d'opérations provinciales accessoires soit le critère de la compétence fédérale en matière de relations du travail. Une brève analyse de la jurisprudence pertinente le démontre.

Dans l'arrêt *Toronto Electric Commissioners v. Snider*, [1925] A.C. 396, le Conseil privé a conclu que le pouvoir d'adopter des lois relatives aux relations du travail appartient aux provinces en vertu du par. 92(13). L'arrêt *Snider* a établi la règle générale en matière de relations du travail en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La compétence principale des provinces en matière de relations du travail demeure la règle aujourd'hui; voir l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c.*

Canada, [1983] 1 S.C.R. 733 (*Northern Telecom (No. 2)*).

Parliament responded to this decision by amending its legislation to provide that the federal Act applied only to “employment upon or in connection with any work, undertaking or business which is within the legislative authority of the Parliament of Canada”: see *An Act to amend The Industrial Disputes Investigation Act, 1907*, S.C. 1925, c. 14. This approach to Parliament’s jurisdiction in labour matters has remained largely unchanged and is now reflected in ss. 2 and 108 (now s. 4) of the *Canada Labour Code* quoted above.

The idea that Parliament could validly legislate in relation to labour matters in those industries over which it had primary constitutional jurisdiction was not tested for some 25 years until this Court decided what is now known as the *Stevedores’ Reference (Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act, [1955] S.C.R. 529)*. That case concerned a dispute between two unions over which one was entitled to represent a group of stevedores in the Port of Toronto. One union was certified under federal labour law and had entered into a collective agreement with the company. Subsequently, a different union applied for certification as exclusive bargaining agent under Ontario law. The Ontario Labour Relations Board found that it had jurisdiction over the stevedores and determined to proceed with the application for certification. An order of reference was made to obtain the opinion of this Court regarding the constitutional issue. Kerwin C.J., writing for the majority, held that the federal law which purported to apply to “businesses operated or carried on for or in connection with navigation and shipping” was valid and that it was applicable to the workers in question. Kerwin C.J. stated at p. 535:

... the Act before us should not be construed to apply to employees who are employed at remote stages, but only to those whose work is intimately connected with the work, undertaking or business.

Syndicat des travailleurs en communication du Canada, [1983] 1 R.C.S. 733 (*Northern Telecom (n° 2)*).

Le Parlement a réagi à cet arrêt en modifiant la loi fédérale afin qu’elle ne s’applique qu’aux emplois reliés à tout ouvrage, entreprise ou exploitations relevant de la compétence du Parlement du Canada»: voir la *Loi modifiant la Loi des enquêtes en matière de différends industriels, 1907*, S.C. 1925, ch. 14. Cette façon de voir la compétence du Parlement en matière de relations du travail n’a pas beaucoup changé et elle est énoncée maintenant aux art. 2 et 108 (maintenant art. 4) du *Code canadien du travail*, précités.

Il a fallu 25 ans pour que soit contestée la notion que le Parlement pouvait légitimement adopter des lois sur les relations du travail dans les industries sur lesquelles il détenait la compétence constitutionnelle principale, alors que notre Cour, sur renvoi, s’est prononcée dans l’*Affaire des débardeurs (Reference re Industrial Relations and Disputes Investigation Act, [1955] R.C.S. 529)*. Cette affaire concernait un différend né entre deux syndicats sur la question de savoir lequel avait le droit de représenter un groupe de débardeurs du port de Toronto. Un syndicat avait été accrédité en vertu de la loi fédérale et avait signé une convention collective avec l’entreprise. Plus tard, un autre syndicat avait présenté, en vertu de la loi ontarienne, une demande d’accréditation à titre d’agent de négociation exclusif. La Commission des relations du travail de l’Ontario avait conclu qu’elle avait compétence à l’égard des débardeurs et avait décidé d’entendre la demande d’accréditation. Une demande de renvoi a été présentée pour obtenir l’avis de notre Cour sur la question constitutionnelle soulevée. Le juge en chef Kerwin, qui a rédigé les motifs de la majorité, a conclu que la loi fédérale qui entendait s’appliquer aux [TRADUCTION] «entreprises de navigation ou transport maritime ou qui y sont liées» était valide et qu’elle s’appliquait aux travailleurs en cause. Le juge en chef Kerwin a dit à la p. 535:

[TRADUCTION] ... la Loi qui nous est soumise ne doit pas s’interpréter comme s’appliquant à des travailleurs dont la tâche se situe à un stade lointain, mais seulement à ceux dont l’activité est intimement liée aux ouvrages entreprises ou affaires.

The *Stevedores' Reference* has provided the "test" by which constitutional jurisdiction over labour relations is determined. Its application was not authoritatively examined by this Court until some 20 years later in *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 S.C.R. 178. In that case Canada Post contracted out some of its delivery and collection of mail work to another company, M & B Ltd. The services performed for the post office constituted approximately 90 per cent of M & B's work. Ritchie J., writing for a unanimous Court, held that as the bulk of the work of the truck drivers in question was performed for the post office, and as the post office was undoubtedly governed by federal law under s. 91(5) of the *Constitution Act, 1867*, the union in question could not be certified by a provincial labour board to represent the employees of M & B Ltd.

The most recent and authoritative restatement of the approach to be followed in assessing whether a provincial enterprise is sufficiently functionally integrated with a core federal undertaking so as to fall within federal jurisdiction for labour relations purposes is that of Dickson J. (as he then was) in *Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 115 (*Northern Telecom (No. 1)*). At page 132 he set out the factors to be considered by the Court as follows:

(1) Parliament has no authority over labour relations as such nor over the terms of a contract of employment; exclusive provincial competence is the rule.

(2) By way of exception, however, Parliament may assert exclusive jurisdiction over these matters if it is shown that such jurisdiction is an integral part of its primary competence over some other single federal subject.

(3) Primary federal competence over a given subject can prevent the application of provincial law relating to labour relations and the conditions of employment but only if it is demonstrated that federal authority over these matters is an integral element of such federal competence.

(4) Thus, the regulation of wages to be paid by an undertaking, service or business, and the regulation of

L'*Affaire des débardeurs* a fourni le «critère» en vertu duquel la compétence sur les relations du travail est tranchée. Son application n'a fait l'objet d'un examen déterminant de notre Cour que 20 ans plus tard dans l'arrêt *Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 178. Dans cette affaire, Postes Canada avait donné à contrat une partie de la livraison et de la collecte du courrier à une autre société, M & B. Ltd. Les contrats de service avec les postes constituait environ 90 pour 100 des affaires de M & B. Le juge Ritchie, qui a rédigé les motifs unanimes de notre Cour, a conclu que la plus grande partie du travail exécuté par les chauffeurs de camions l'était pour les postes et que, celles-ci étant manifestement régies par la loi fédérale en vertu du par. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le syndicat en cause ne pouvait être accrédité par une commission provinciale des relations du travail pour agir comme agent négociateur des employés de M & B Ltd.

La formulation la plus récente et la plus déterminante de la méthode à suivre, pour dire si une entreprise provinciale est suffisamment intégrée dans son fonctionnement à une entreprise fédérale principale pour relever de la compétence fédérale en matière de relations du travail, a été fournie par le juge Dickson (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 115 (*Northern Telecom (n° 1)*). À la page 132, il mentionne les facteurs suivants dont la Cour doit tenir compte:

(1) Les relations de travail comme telles et les termes d'un contrat de travail ne relèvent pas de la compétence du Parlement; les provinces ont une compétence exclusive dans ce domaine.

(2) Cependant, par dérogation à ce principe, le Parlement peut faire valoir une compétence exclusive dans ces domaines s'il est établi que cette compétence est partie intégrante de sa compétence principale sur un autre sujet.

(3) La compétence principale du fédéral sur un sujet donné peut empêcher l'application des lois provinciales relatives aux relations de travail et aux conditions de travail, mais uniquement s'il est démontré que la compétence du fédéral sur ces matières fait intégralement partie de cette compétence fédérale.

(4) Ainsi, la réglementation des salaires que doit verser une entreprise, un service ou une affaire et la réglemen-

its labour relations, being related to an integral part of the operation of the undertaking, service or business, are removed from provincial jurisdiction and immune from the effect of provincial law if the undertaking, service or business is a federal one.

(5) The question whether an undertaking, service or business is a federal one depends on the nature of its operation.

(6) In order to determine the nature of the operation, one must look at the normal or habitual activities of the business as those of "a going concern", without regard for exceptional or casual factors; otherwise, the Constitution could not be applied with any degree of continuity and regularity.

A recent decision of the British Columbia Labour Relations Board, *Arrow Transfer Co. Ltd.*, provides a useful statement of the method adopted by the courts in determining constitutional jurisdiction in labour matters. First, one must begin with the operation which is at the core of the federal undertaking. Then the courts look at the particular subsidiary operation engaged in by the employees in question. The court must then arrive at a judgment as to the relationship of that operation to the core federal undertaking, the necessary relationship being variously characterized as "vital", "essential" or "integral".

In *Northern Telecom (No. 2)*, *supra*, operational integration was confirmed as the test for determining federal jurisdiction over labour relations under the Constitution and the decision in that case provides a modern example of how the test is applied in practice. There, this Court held that installers employed by Northern Telecom, a subsidiary of Bell Canada, were governed by federal labour relations legislation. The majority of the Court (at pp. 766-67) was impressed by the fact that "[t]he almost complete integration of the installers' daily work routines with the task of establishing and operating the telecommunications network makes the installation work an integral element in the federal works."

What do the foregoing authorities reveal in terms of the appropriate test to be applied in determining constitutional jurisdiction over labour relations? In my view, dependency of the federal

tation de ses relations de travail, toutes choses qui sont étroitement liées à l'exploitation d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire, ne relèvent plus de la compétence provinciale et ne sont plus assujetties aux lois provinciales s'il s'agit d'une entreprise, d'un service ou d'une affaire fédérale.

(5) La question de savoir si une entreprise, un service ou une affaire relève de la compétence fédérale dépend de la nature de l'exploitation.

(6) Pour déterminer la nature de l'exploitation, il faut considérer les activités normales ou habituelles de l'affaire en tant qu'«entreprise active», sans tenir compte de facteurs exceptionnels ou occasionnels; autrement, la Constitution ne pourrait être appliquée de façon continue et régulière.

Une décision récente du Labour Relations Board de la Colombie-Britannique, *Arrow Transfer Co. Ltd.*, expose la méthode retenue par les cours pour déterminer la compétence constitutionnelle en matière de relations de travail. Premièrement, il faut examiner l'exploitation principale de l'entreprise fédérale. On étudie ensuite l'exploitation accessoire pour laquelle les employés en question travaillent. En dernier lieu on parvient à une conclusion sur le lien entre cette exploitation et la principale entreprise fédérale, ce lien nécessaire étant indifféremment qualifié «fondamental» «essentiel» ou «vital».

Dans l'arrêt *Northern Telecom (n° 2)*, précité, l'intégration des opérations a été confirmée comme critère pour établir la compétence fédérale sur les relations du travail en vertu de la Constitution et cet arrêt fournit un exemple moderne de la façon d'appliquer ce critère en pratique. Dans cet arrêt, notre Cour a décidé que les installateurs employés par Northern Telecom, une filiale de Bell Canada, sont régis par les dispositions législatives fédérales en matière de relations du travail. La Cour s'est fondée, à la majorité (aux pp. 766 et 767) sur le fait que «[l']intégration presque totale du travail quotidien des installateurs aux tâches d'établissement et d'exploitation du réseau de télécommunications fait du travail d'installation un élément intégral de l'entreprise fédérale.»

Que nous révèle la jurisprudence qui précède quant au critère approprié à appliquer pour décider de la compétence constitutionnelle sur les relations du travail? À mon avis, la dépendance de

work or undertaking on a provincial enterprise does not provide a unifying basis on which to understand the caselaw as a cohesive whole. First, it is evident from the passages excerpted above that the terminology used by this Court in describing the type of relationship which must exist between federal and provincial businesses before federal authority over labour relations can be invoked has never included “dependency” but rather words such as “integration” or “connection”. Additionally and more substantively, I do not believe that the decisions can be explained on the basis of federal dependency on the work performed by provincial enterprises. For instance, in both *Northern Telecom (No. 2)* and *Letter Carriers*, no suggestion was made that Bell Canada or the post office respectively were dependent on the services of the provincial enterprises involved. In fact, the Court’s emphasis in both cases that the provincial enterprise relied on the federal work for virtually all of its business indicates that provincial dependency on a federal work or undertaking is a significant factor in determining constitutional jurisdiction over labour relations.

In my view, the concept of operational or functional integration or interconnection more completely and coherently accounts for the existing jurisprudence concerning federal authority over labour relations. This is not to say that the dependency of federal enterprises on provincial enterprises is irrelevant to the jurisdictional analysis. On the contrary, because dependency is included within and describes one form of interrelationship, it may often provide a clear and cogent basis for determining federal jurisdiction. It is, in other words, merely a narrower articulation of the test of operational integration.

It has been argued, however, that the narrower test is the preferable one since to construe federal jurisdiction broadly in this area will undermine provincial powers in the field of labour relations. In my view, it does not follow that to afford

l’ouvrage ou entreprise à caractère fédéral à l’égard d’une entreprise provinciale ne fournit pas le fondement unificateur permettant de voir la jurisprudence comme un tout cohérent. D’abord, il ressort clairement des passages précités que, parmi les termes employés par notre Cour pour décrire le genre de rapports qui doivent exister entre des entreprises fédérales et provinciales pour que la compétence fédérale en matière de relations du travail s’applique, on ne trouve pas le mot «dépendance», mais plutôt les mots «intégration» ou «lien». En outre, plus fondamentalement, je ne crois pas que ces arrêts puissent s’expliquer en raison de l’état de dépendance de l’entreprise fédérale par rapport au travail fourni par les entreprises provinciales. Par exemple, on n’a soutenu, ni dans l’arrêt *Northern Telecom (n° 2)*, ni dans l’arrêt *Union des facteurs*, que Bell Canada ou les postes, selon le cas, dépendaient des services fournis par l’entreprise provinciale en cause. En réalité, l’accent mis par notre Cour dans les deux arrêts sur le fait que l’entreprise provinciale dépendait de l’entreprise fédérale pour la presque totalité de ses affaires indique que la dépendance de l’entreprise provinciale à l’égard de l’entreprise ou ouvrage fédéral constitue un facteur déterminant de la compétence constitutionnelle sur les relations du travail.

À mon avis, la notion d’intégration ou d’interrelation opérationnelle ou fonctionnelle explique de façon plus complète et plus cohérente la jurisprudence relative à la compétence fédérale sur les relations du travail. Il n’en découle pas que la dépendance d’entreprises fédérales à l’égard d’entreprises provinciales n’est pas un facteur pertinent de l’analyse relative à la compétence législative. Au contraire, puisque la dépendance est englobée dans la notion d’interrelation dont elle ne fait que décrire une forme, elle fournira souvent un fondement clair et logique de la compétence fédérale. En d’autres termes, elle est simplement une manifestation plus restreinte du critère de l’intégration opérationnelle.

On a soutenu, cependant, que le critère plus restreint est le critère préférable, puisqu’en accordant trop libéralement compétence au fédéral en cette matière, on diminuerait la compétence provinciale en matière de relations du travail. À mon

Parliament with more than very circumscribed jurisdiction will necessarily lead to such a result. Scott in his article, "Federal Jurisdiction Over Labour Relations — A New Look" (1960), 6 *McGill L.J.* 153, put it well when he said at p. 161: "the alternative to federal authority is not always or necessarily provincial autonomy; it may well turn out to be anarchy".

While Professor Scott may have overstated the case, it is my opinion that the concern which he expressed is one which deserves some recognition. Indeed, this Court has in the past recognized the disintegrative potential of too technical an application of ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* in the area of labour matters. For instance, in *Northern Telecom (No. 2)*, Estey J. treated as relevant the fact that the Court's determination as to jurisdiction would not disrupt established bargaining patterns. He correctly observed that in that case the designation of labour relations jurisdiction in the federal or provincial governments would have no disruptive effect because judicial opinion on the jurisdictional question had been deeply divided over many years resulting in a confusing and inconsistent body of regulation. On the other hand, in *Attorney General of Canada v. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 S.C.R. 498, a case involving the question of jurisdiction over Dominion servants, Chouinard J. writing for the Court commented that the difficulties in dividing up jurisdiction over the federal public service could be easily imagined. And in *Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission*, [1979] 1 S.C.R. 754, the Court rejected a construction contractor's claim that its work at the Mirabel Airport was subject to federal and not provincial employment standards law. At issue was the liability of Montcalm as an employer for certain levies owed to the respondent Commission. In response to Montcalm's argument that jurisdiction over its labour relations varied with the construction projects with which its employees were engaged, Beetz J. said at p. 776:

avis, on n'arrivera pas forcément à ce résultat en accordant au Parlement plus qu'une compétence très limitée. Scott dit dans son article intitulé «Federal Jurisdiction Over Labour Relations — A New Look» (1960), 6 *McGill L.J.* 153, à la p. 161: [TRADUCTION] «la solution de rechange à la compétence fédérale n'est pas toujours l'autonomie provinciale; ce peut aussi être l'anarchie».

Il se peut que le professeur Scott ait été trop catégorique, mais, je crois que la crainte qu'il exprime mérite qu'on s'y arrête. En réalité, notre Cour a, dans le passé, reconnu le potentiel destructeur que peut avoir une application trop formaliste des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de relations du travail. Par exemple, dans l'arrêt *Northern Telecom (n° 2)*, le juge Estey a estimé pertinent le fait que la décision de la Cour sur la compétence ne perturberait pas les modes de négociations établis. Il a souligné, avec raison, que dans cette affaire, l'attribution de la compétence en matière de relations du travail au gouvernement fédéral ou au gouvernement provincial n'aurait pas d'effet perturbateur, parce que les opinions des tribunaux sur la question de compétence s'étaient profondément divisées depuis de nombreuses années, de sorte qu'il en était résulté une réglementation confuse et incohérente. D'autre part, dans *Procureur général du Canada c. St. Hubert Base Teachers' Association*, [1983] 1 R.C.S. 498, qui portait sur une question de compétence à l'égard de fonctionnaires de l'État fédéral, le juge Chouinard a dit, au nom de notre Cour, qu'il était facile d'imaginer les difficultés que soulèverait le partage de la compétence sur les fonctionnaires fédéraux. De même, dans l'arrêt *Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum*, [1979] 1 R.C.S. 754, notre Cour a débouté une entreprise de construction qui prétendait que les travaux qu'elle exécutait à l'aéroport de Mirabel relevaient des normes fédérales du travail et non des normes provinciales. Le litige portait sur l'assujettissement de Construction Montcalm, en sa qualité d'employeur, à certaines cotisations de la Commission intimée. En guise de réponse à l'argument présenté par Construction Montcalm selon lequel la compétence en matière de relations du travail changeait selon les chantiers de construction dans lequel ses ouvriers travaillaient, le juge Beetz dit, à la p. 776:

What is implied, in other words, is that the nature of a construction undertaking varies with the character of each construction project or construction site or that there are as many construction undertakings as there are construction projects or construction sites. The consequences of such a proposition are far reaching and, in my view, untenable: constitutional authority over the labour relations of the whole construction industry would vary with the character of each construction project. This would produce great confusion. For instance, a worker whose job it is to pour cement would from day to day be shifted from federal to provincial jurisdiction for the purposes of union membership, certification, collective agreement and wages, because he pours cement one day on a runway and the other on a provincial highway. I cannot be persuaded that the Constitution was meant to apply in such a disintegrating fashion.

These decisions confirm that ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* are not to be applied in an overly narrow fashion and that present day realities, including labour reality, is not to be disregarded. None of this is to say that the constitutional characterization of an enterprise for labour relations purposes is to be wholly guided by concerns over the potential disruption of existing labour relations. On the other hand, the Court would be ill advised to make jurisdictional determinations respecting labour relations without regard to the destructive effects that its decision might produce. Indeed, I would have thought that the *Stevedores'* test was fashioned with just such considerations in mind. It seems to me that part of the purpose of permitting federal jurisdiction over labour relations in those cases where the work performed by a provincial business is interconnected with a federal business is to ensure that interprovincial and national industries are governed cohesively and coherently under a single labour relations regime. In my view, therefore, the operational integration test strikes a realistic balance between allowing sufficient federal authority over labour relations to avoid patchwork regulation over interprovincial and national industries and at the same time protecting provincial jurisdiction in the labour field from undue encroachment.

En d'autres termes, cela veut dire que la nature d'une entreprise de construction varie selon la nature de chaque ouvrage ou de chaque chantier de construction, ou qu'il y a autant d'entreprises de construction que d'ouvrages ou de chantiers de construction. Les conséquences de cette proposition vont fort loin et sont, à mon avis, inadmissibles; le pouvoir constitutionnel de régler les relations de travail de toute l'industrie de la construction dépendrait de la nature de chaque chantier. Il en résulterait une grande confusion. Par exemple, un ouvrier dont le travail consiste à couler du ciment serait soumis alternativement à la compétence fédérale et à la compétence provinciale aux fins de l'adhésion syndicale, de l'accréditation, de la convention collective et des salaires, selon qu'il coule du ciment un jour sur une piste d'atterrissage et le lendemain sur une route provinciale. Je ne peux croire que la Constitution exige un tel morcellement.

Ces arrêts confirment qu'il faut se garder d'appliquer les art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* d'une façon trop étroite et ne pas manquer de tenir compte des réalités contemporaines, notamment des réalités du travail. Ce qui précède ne signifie pas non plus que la qualification constitutionnelle d'une entreprise pour les fins des relations du travail doit complètement dépendre de craintes de perturbation potentielle des relations du travail existantes. D'un autre côté, la Cour serait mal avisée de déterminer la compétence sur les relations du travail sans tenir compte des effets perturbateurs que sa décision pourrait engendrer. En réalité, je crois que le critère de l'*Affaire des débardeurs* a été élaboré avec de telles considérations à l'esprit. Il me semble qu'un des objectifs de l'attribution au fédéral d'une compétence sur les relations du travail, lorsqu'un travail exécuté par l'entreprise provinciale est relié à une entreprise fédérale, est que les industries interprovinciales et nationales soient régies de façon cohérente et unifiée en vertu d'un seul régime de relations du travail. Selon moi, le critère de l'intégration opérationnelle établit donc un équilibre réaliste entre, d'une part, l'attribution au fédéral d'une compétence suffisante sur les relations du travail, pour éviter le morcellement de la réglementation des industries interprovinciales et nationales, et, d'autre part, la protection de la compétence des provinces en matière de travail contre un trop grand empiétement.

3. Is Central Western Functionally Integrated With a Federal Work or Undertaking?

Turning now to the application of the test, a unique aspect of this appeal is the availability of more than one potential federal work or undertaking to which the operational connection of Central Western may be tested. The Canada Labour Relations Board considered the appellant's connection to Canadian National, to the grain elevators and to an overall system it called the "Western Grain Transportation Network". It has been suggested that the Board committed a serious error when it treated the system regulating the trade of export grain as a single entity for the purposes of the jurisdictional characterization under ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867*. I agree with Dickson C.J. that the approach adopted by the Board in this regard was improper and that the "integrally connected" test must be applied in relation to a single federal work or undertaking. Accordingly, I agree that it was not open to the Board to consider the interrelationship between Central Western and the "Western Grain Transportation Network".

It is also my view, however, that even although the jurisdictional inquiry is limited to single entities, the analysis of the interrelationship between such a federal entity and a provincial enterprise need not be performed in an abstract and acontextual fashion. The entire set of circumstances should be considered. In this case I believe that the primary entity to which Central Western is operationally integrated is the CN. In examining that relationship I believe that consideration of Canadian National's role in the federal regulatory regime governing export grain and its transportation is crucial.

It is therefore appropriate in this case to restate the questions put in *Northern Telecom (No. 1)* as follows: (1) what is the nature of Canadian National as a going concern? (2) what is the nature of Central Western as a going concern? and (3) what connections exist between the operation of Central Western and the operation of Canadian National?

3. Les opérations de Central Western sont-elles intégrées à un ouvrage ou à une entreprise fédérale?

a Quant à l'application de ce critère, l'espèce présente la particularité qu'il est possible de recourir à plus d'un ouvrage ou entreprise à caractère fédéral pour apprécier le lien opérationnel de Central Western. Le Conseil canadien des relations du travail a analysé les liens de l'appelante avec les Chemins de fer nationaux du Canada, les élévateurs à grain et avec l'ensemble d'un système appelé «réseau de transport du grain de l'Ouest». On a soutenu que le Conseil avait commis une erreur grave en traitant le système régissant le commerce du grain comme une entité unique pour les fins de la qualification de la compétence en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Je partage l'avis du juge en chef Dickson que la méthode adoptée à cet égard par le Conseil ne convenait pas et qu'il faut appliquer le critère de l'«intégration fonctionnelle» par rapport à une seule entreprise ou un seul ouvrage à caractère fédéral. En conséquence, je suis aussi d'avis qu'il n'était pas loisible au Conseil de tenir compte des liens existant entre Central Western et le «réseau de transport du grain de l'Ouest».

f Je suis aussi d'avis, cependant, que, même si l'analyse de la compétence se limite à une seule entité, l'examen des rapports entre une telle entité fédérale et une entreprise provinciale n'a pas à se faire dans l'abstrait et hors contexte. Il faut tenir compte de toutes les circonstances. En l'espèce, je crois que CN est l'entité à laquelle Central Western est fonctionnellement intégrée. Dans l'examen de leurs rapports, je crois que l'étude du rôle des Chemins de fer nationaux dans le régime fédéral de réglementation de l'exportation du grain et de son transport est déterminante.

i Il convient donc en l'espèce de reformuler les questions énoncées dans l'arrêt *Northern Telecom (n° 1)* comme ceci: (1) quelle est la nature des Chemins de fer nationaux comme entreprise active? (2) quelle est la nature de Central Western comme entreprise active? (3) quels sont les liens qui existent entre l'exploitation des Chemins de fer nationaux et celle de Central Western?

It is trite to say that Canadian National is an interprovincial work within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* by virtue of the fact that its trackage traverses several provincial boundaries. There is more, however, to the nature of the CN as a “going concern” than the fact that its physical facilities extend beyond the geographic boundary of the province of Alberta. Canadian National is also an interprovincial undertaking in the sense that it is engaged in the business of the transportation of export grain. Along the track on land leased by Canadian National there are nine grain elevators operated by four grain companies. These elevators are used by local grain producers who, in order to have access to these facilities, must comply with federal law governing grain storage. Legislation governing the production and marketing of grain includes the *Canada Grain Act*, R.S.C., 1985, c. G-10, the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, and the *Western Grain Stabilization Act*, R.S.C., 1985, c. W-7. Grain transportation from the elevators to world markets is governed by the *Western Grain Transportation Act*, R.S.C., 1985, c. W-8, under which a federal body determines when, where and how much grain is to enter the transportation system. Finally, the ports from which the grain is shipped from Canada are also federally regulated.

Canadian National operates its grain transportation business under this intricate federal regime. Upon notification by the Grain Transportation Agency that the grain cars were full, the CN would dispatch a train to pick up the loaded grain cars and take them to the north end of the Stettler line. There the loaded grain cars would be dropped off to be picked up by another crew, eventually to make their way to Vancouver. On the return trip, empty grain cars would be picked up to “spot” (drop off) at the various grain elevators. Government reports showed that all of the outbound traffic from the Stettler Subdivision consisted of grain. Besides the inbound traffic of empty grain cars some inbound traffic existed consisting of agricultural implements and the like but this traffic was very minimal.

C'est un lieu commun de dire que les Chemins de fer nationaux sont un ouvrage interprovincial au sens de l'al. 92(10)a) de la *Loi constitutionnelle de 1867* parce que son réseau de voies ferrées traverse les limites de plusieurs provinces. CN comme entreprise active ne se réduit cependant pas à ses installations matérielles, même si celles-ci s'étendent hors des limites de la province d'Alberta. Les Chemins de fer nationaux sont aussi une entreprise interprovinciale dans le sens qu'ils exploitent une entreprise de transport de grain d'exportation. Le long des voies ferrées, sur les terrains loués par les Chemins de fer nationaux se trouvent neuf élévateurs à grain exploités par quatre sociétés céréalières. Ces élévateurs sont utilisés par les producteurs locaux de grain qui, pour y avoir accès, doivent se conformer aux lois fédérales relatives à l'emmagasinage du grain. Les lois relatives à la production et à la vente de grain sont la *Loi sur les grains du Canada*, L.R.C. (1985), ch. G-10, la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24, et la *Loi de stabilisation concernant le grain de l'Ouest*, L.R.C. (1985), ch. W-7. Le transport du grain des élévateurs vers les marchés mondiaux est régi par la *Loi sur le transport du grain de l'Ouest*, L.R.C. (1985), ch. W-8, en vertu de laquelle un organisme fédéral détermine quand, où et en quelle quantité les grains sont transportés en vertu de ce système. Enfin, les ports d'où les grains quittent le Canada relèvent aussi de l'autorité fédérale.

Les Chemins de fer nationaux exploitent leur entreprise de transport de grain en vertu d'un système fédéral complexe. Sur notification par l'Office de transport du grain que les wagons à grain étaient chargés, CN envoyait un train pour prendre en charge les wagons de grain et les conduire jusqu'à l'extrémité nord de la ligne Stettler. À cet endroit, les wagons chargés de grain étaient laissés à la charge d'une autre équipe pour être finalement acheminés à Vancouver. Au retour, les wagons à grain vides étaient laissés aux différents élévateurs à grain. Les rapports du gouvernement indiquaient que tout le trafic en provenance de la subdivision Stettler consistait en grain. Outre les wagons vides, le trafic de retour comportait de l'outillage agricole et des choses semblables, mais dans une proportion très minime.

It should be evident that the degree of federal involvement in the CN's grain transportation business is expansive indeed. Historically, rail has been the primary mode by which grain has been transported to port. Many of the grain elevators across the Prairies were specifically built along the railway in order to have close access to transportation facilities. Many of these elevators have been declared to be works for the general advantage of Canada under s. 92(10)(c) of the *Constitution Act, 1867*. The railways are under a public obligation to transport grain. They have no say in how much or where grain is to be shipped. The boxcars used in the shipment of grain are owned by the federal government. The production, movement and distribution of grain is controlled by an array of federal agencies. Finally, the federal government sets the freight rates for the railways and pays carriers such as the CN a subsidy (if necessary) to fulfill its public obligation to transport grain to port.

I conclude, therefore, that for the purposes of this appeal, the CN operates as an interprovincial railway largely concerned with the transportation of export grain and that the Stettler Subdivision was used almost exclusively for this purpose.

What is the nature of Central Western as a going concern? The evidence discloses that Central Western is similarly engaged in the transportation of export grain. Like Canadian National its contracts of carriage for other commodities comprise an insignificant proportion of its business. While it argues that it would like to expand its operation to include the transport of other items, such as yet unrealized hopes for the future are not constitutionally significant. As was said by Kerwin C.J. in the *Stevedores' Reference, supra*, at pp. 536-37:

... the fact that the Company by its charter has power "to carry on a general dock and stevedoring business in all its branches" does not require us to consider the possibility of such a power being used, or indeed the possibility of anything except the facts as they are presented to us. The circumstance that the Company is an organization independent of the steamship companies with which it contracted, does not, in my opinion, affect

Il semble évident que l'emprise fédérale sur le transport du grain par CN est vraiment considérable. Depuis toujours, les chemins de fer ont été le principal moyen de transport utilisé pour acheminer le grain vers les ports. Dans les Prairies, on a construit de nombreux élévateurs à grain le long du chemin de fer afin de faciliter l'accès aux transports. Un grand nombre de ces élévateurs à grain ont été déclarés à l'avantage général du Canada en vertu de l'al. 92(10)c) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les chemins de fer sont tenus de transporter le grain. Ils n'ont pas de part aux décisions concernant la quantité de grain à expédier, ni sa destination. Les wagons utilisés pour l'expédition du grain appartiennent au gouvernement fédéral. La production, le transport et la distribution du grain sont régis par un grand nombre d'organismes fédéraux. Enfin, le gouvernement fédéral fixe les taux de transport pour les chemins de fer et, au besoin, il verse aux transporteurs comme CN des subventions (si nécessaire) pour que soit remplie l'obligation publique d'acheminer le grain vers les ports.

Je conclus donc que pour les fins du présent pourvoi, CN exploite un chemin de fer interprovincial qui s'occupe en grande partie de transport de grain pour l'exportation et que la subdivision Stettler a servi presque exclusivement à cette fin.

Quelle est la nature de Central Western comme entreprise active? La preuve révèle que Central Western s'occupe aussi de transport de grain d'exportation. Comme pour les Chemins de fer nationaux, le transport d'autres denrées que cette société accomplit sous contrat constitue une part très minime de ses affaires. Bien qu'elle soutienne qu'elle aimerait étendre ses activités au transport d'autres marchandises, ce souhait, qui ne s'est pas encore réalisé, n'a pas de portée constitutionnelle. Comme l'a dit le juge en chef Kerwin dans l'*Affaire des débardeurs*, précitée, aux pp. 536 et 537:

[TRADUCTION] ... le fait que la société ait, en vertu de son acte constitutif, le pouvoir d'«exploiter une entreprise générale de débardage dans toutes ses facettes» ne nous oblige pas à tenir compte de la possibilité que ces pouvoirs soient mis en œuvre, même pas de la possibilité de quoi que ce soit d'autre que ce qui a été mis en preuve. Le fait que la société soit une entreprise indépendante des sociétés maritimes avec lesquelles elle fait

the matter, and I find it difficult to distinguish the employees we are considering from those, engaged in similar work, employed directly by a shipping company whose ships ply between Canadian and foreign ports.

Central Western carries on precisely the same business on the line as performed by Canadian National prior to the sale of the Stettler Subdivision. Paragraph 37 of the Agreed Statement of Facts filed with the Canada Labour Relations Board states that the CN would spot empty grain cars at the various grain elevators along the route which would be filled by the grain companies. Upon notification that they were full, the CN would dispatch a train crew out of Hanna to pick up the cars and carry them to the Camrose Yard which is located at Ferlow Junction. The Hanna crew would drop the loaded cars at the Camrose Yard and pick up a load of empty cars to spot at the various grain elevators on their trip back to Hanna. The loaded cars at the Camrose Yard would be taken by a different crew to Edmonton and so on to the coast for overseas delivery.

Central Western operates the Stettler Subdivision in much the same way. Paragraph 35 of the Agreed Statement of Facts informs us that once the Grain Transportation Agency has determined the number of cars needed and their destination, Central Western receives notice from that Agency as well as the CN. Canadian National delivers the appropriate number of cars to the interchange at Ferlow Junction (i.e., the location of the derail device some 1.75 miles south of the Camrose Yard) to be picked up by Central Western and distributed to the various grain elevators. Once the cars are filled, Central Western returns the loaded hoppers to Ferlow Junction to be carried to the coast by the CN in the same manner as had previously been done.

Like the CN, Central Western's grain transportation business is heavily regulated by federal authorities. It has no autonomy regarding when, where or whether to transport grain; these matters

affaires n'a pas, à mon avis, d'influence sur la question et j'ai de la difficulté à distinguer les employés dont nous examinons le cas de ceux qui font un travail similaire et qui sont directement à l'emploi d'une société de transport maritime dont les navires voyagent entre des ports canadiens et de transport maritime.

Central Western exploite sur cette voie ferrée exactement la même entreprise que les Chemins de fer nationaux exploitaient avant la vente de la subdivision Stettler. L'alinéa 37 de l'exposé conjoint des faits produit auprès du Conseil canadien des relations du travail mentionne que CN distribuait aux différents élévateurs le long de la voie ferrée des wagons à grain vides que les sociétés céréalières remplissaient. Dès qu'il était avisé que les wagons avaient été remplis, CN envoyait de Hanna une équipe de cheminots pour prendre les wagons et les acheminer à la gare de triage Camrose située à Ferlow Junction. L'équipe de Hanna laissait les wagons chargés à la gare de triage Camrose et ramenait un certain nombre de wagons vides qu'elle laissait aux différents élévateurs à grain au cours du voyage de retour à Hanna. Les wagons chargés laissés à la gare de triage Camrose étaient amenés à Edmonton par une équipe différente et ensuite acheminés jusqu'à la côte pour expédition outre-mer.

Central Western exploite la subdivision Stettler à peu près de la même façon. L'alinéa 35 de l'exposé conjoint des faits nous apprend que dès que l'Office du transport du grain a fixé le nombre de wagons nécessaires et leur destination, Central Western est avisée à la fois par l'Office et par CN. Celui-ci envoie le nombre requis de wagons à la correspondance de Ferlow Junction (c'est-à-dire au dérailleur situé à 1,75 mille au sud de la gare de triage Camrose) pour que Central Western les prenne et les distribue aux différents élévateurs à grain. Quand les wagons sont pleins, Central Western renvoie les wagons remplis à Ferlow Junction pour qu'ils soient acheminés à la côte par CN, de la même manière qu'on le faisait auparavant.

Comme celle de CN, l'entreprise de transport de grain de Central Western dépend de nombreux organismes fédéraux de réglementation. Elle ne décide ni quand, ni où, ni si elle doit transporter du

are dictated to it by the Grain Transportation Agency pursuant to statutory authority. It services grain elevators which are subject to s. 92(10)(c) declarations: see s. 45 of the *Canadian Wheat Board Act, supra*. It transports grain in boxcars that are owned by the federal government. Finally it receives its compensation for the transport of grain from two sources: (1) the grain companies, and (2) the Ministry of Transport.

I conclude therefore that Central Western is an intraprovincial railway which, as a part of an interprovincial rail network, is almost exclusively concerned with the transportation of export grain.

I now turn to the last leg of the jurisdictional analysis, i.e., an inquiry into the degree of interconnection between the two operations.

The agreement of sale reached between Central Western and the CN clearly demonstrates that an ongoing connection between the two operations and their joint participation in the transportation of export grain was contemplated. By the terms of the agreement Canadian National sold to Central Western almost all of the lands of the Stettler Subdivision, the trackage, improvements and chattels, and the leases and operating agreements attached to the property. Canadian National advanced to Central Western approximately \$1,900,000 to be applied towards the purchase price and in return the purchaser agreed to deliver to Canadian National in each crop year the first 120,000 metric tonnes of export grain originating on the line. The agreement further provides that export grain in excess of the stipulated amount "shall be negotiable with the Vendor as to interchange and as to rate division". According to the witness who executed the agreement on behalf of Canadian National, the figure of 120,000 tonnes represented the average haulage of the railway per crop year based on a five year sample. It was further disclosed that the transportation of export grain represented almost the sum total of the business carried out on the branch line. It is thus evident that the essence of the deal entered into between the two rail carriers was that the vendor

grain; ces décisions lui sont dictées par l'Office du transport du grain conformément aux dispositions législatives. Elle dessert les élévateurs à grain qui ont fait l'objet d'une déclaration en vertu de l'al. 92(10)c): voir l'art. 45 de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, précitée. Elle transporte le grain dans des wagons qui appartiennent au gouvernement fédéral. Enfin, elle reçoit la rémunération pour le transport du grain de deux sources: (1) des sociétés céréalières et (2) du ministère des Transports.

Je conclus donc que Central Western est une société de chemin de fer intraprovinciale qui, en tant que partie d'un réseau interprovincial de chemin de fer, s'occupe presque exclusivement de transport de grain pour l'exportation.

J'aborde maintenant la dernière partie de l'analyse relative à la compétence, c'est-à-dire l'examen du degré d'intégration des deux exploitations.

Le contrat de vente intervenu entre Central Western et CN fait voir qu'on a prévu la permanence des liens entre les deux exploitations et leur participation commune au transport du grain d'exportation. En vertu de la convention, les Chemins de fer nationaux ont vendu à Central Western presque tous les biens-fonds de la subdivision Stettler, les voies ferrées, les biens meubles, les aménagements, les baux et contrats d'exploitation rattachés aux biens. Les Chemins de fer nationaux ont prêté à Central Western environ 1 900 000 \$ pour acquitter le prix de vente et, en contre-partie, la société acquéresse s'est engagée à livrer aux Chemins de fer nationaux les 120 000 premières tonnes métriques de grain d'exportation de chaque récolte annuelle provenant de cette voie ferrée. La convention prévoyait en outre que le surplus de grain d'exportation excédant la quantité mentionnée [TRADUCTION] «ferait l'objet de négociations avec la venderesse au sujet de la correspondance et du partage du prix du transport». Selon le témoin qui a signé la convention pour le compte des Chemins de fer nationaux, le chiffre de 120 000 tonnes métriques correspond à la quantité moyenne transportée par le chemin de fer au cours de chaque récolte annuelle sur une période échantillon de cinq ans. On a aussi mentionné que le transport du grain d'exportation constitue la pres-

would loan the purchase price to Central Western in exchange for the latter's agreement to provide the CN and not its competitors with all of its export business. In the event that Central Western becomes unable to perform its obligations under the agreement, Canadian National is entitled to take back the property and all other items conveyed in the sale.

Central Western and Canadian National also entered into an "Interchange Agreement" and a "Maintenance and Repair Services Agreement". These agreements govern the rights and obligations of the parties regarding the construction and maintenance of the interchange facilities and the maintenance and repair of rolling stock. Under the maintenance and repair agreement, the CN has agreed to repair and maintain all of the rolling stock passing between the two lines, except for that owned by Central Western. According to the terms of the interchange agreement, there is to be cost sharing for the construction of the interchange facilities. Central Western is responsible for maintaining the interchange, which is located on its property, in good repair. Central Western is to keep accounting records concerning these matters and is obliged under the contract to submit its records to the CN on a monthly basis for its inspection. Employees who perform maintenance work on the interchange are deemed, under the contract, to be the joint employees of Central Western and Canadian National.

The terms of these agreements demonstrate, in my opinion, that an extensive amount of integration exists between the operations of Canadian National and Central Western. They share in the available work (i.e., the available grain to be transported as determined by the Grain Transport Agency), the profits, and the cost and maintenance of some of the physical facilities. Of particular significance to me is the fact that in so far as the maintenance work on the interchange is con-

que totalité des opérations de cet embranchement. Il est donc clair que, pour l'essentiel, la convention intervenue entre les deux sociétés de chemin de fer consistait à ce que la venderesse prête le prix d'acquisition à Central Western à la condition que celle-ci confie au CN, et non à ses concurrents, la totalité de ses affaires d'exportation. Si Central Western devait devenir incapable de remplir les obligations auxquelles elle s'est engagée par la convention, les Chemins de fer nationaux auraient le droit de reprendre les biens et tous les autres droits cédés en vertu de la vente.

Central Western et les Chemins de fer nationaux ont aussi conclu des conventions au sujet de la correspondance et des services d'entretien et de réparation. Ces conventions déterminent les droits et obligations des parties au sujet de la construction et de l'entretien d'installations de correspondance et de l'entretien et de la réparation du matériel roulant. En vertu de la convention relative à l'entretien et à la réparation du matériel, CN s'est engagé à entretenir et réparer tout le matériel roulant qui transiterait d'une voie ferrée à l'autre sauf, pour le matériel appartenant à Central Western. Selon la convention relative aux installations de correspondance, il doit y avoir partage des coûts de construction des installations de correspondance. Central Western est tenue d'entretenir en bon état la correspondance, qui est située sur sa propriété. Central Western doit aussi tenir une comptabilité à cet égard et elle est obligée en vertu de la convention, de soumettre cette comptabilité à l'inspection de CN tous les mois. Les employés qui exécutent les travaux d'entretien du système de correspondance sont déclarés, en vertu de la convention, employés à la fois de Central Western et des Chemins de fer nationaux.

À mon avis, les conditions de ces conventions indiquent un niveau élevé d'intégration entre les opérations des Chemins de fer nationaux et celles de Central Western. Les deux sociétés partagent le travail à faire (c'est-à-dire le transport de la quantité de grain établie par l'Office du transport du grain), les profits et les coûts et l'entretien de certaines installations matérielles. Ce qui compte à mon avis, c'est que pour autant qu'il s'agit de travaux d'entretien de l'installation de correspon-

cerned, employees who engage in this work are deemed to be the joint employees of both companies. Under such circumstances it cannot be that the employees of Central Western should fall under a different statutory regime governing their labour relations than the employees of Canadian National.

Central Western has argued, however, that this case is analogous to what have become known as the "freight forwarding" cases: see *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 F.C. 174; and *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674 (Ont. H.C.). These decisions have been followed by a number of labour relations boards across the country and now form part of the "labour jurisprudence" concerning division of constitutional powers in the labour relations setting: see *General Teamsters v. Consolidated Fastfrate Ltd.* (1976), 76 C.L.L.C. ¶ 16,004 (Alta. Board of Industrial Relations); *MIS (Canada) Holdings Ltd.*, [1987] O.L.R.B. Rep. 865 (Ont. L.R.B.); *Loomis Messenger Service*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1131 (Ont. L.R.B.); *CTG Telecommunications Systems, Inc.* (1985), 10 C.L.R.B.R. (NS) 231 (Ont. L.R.B.); *Inter-City Truck Lines (Canada) Inc.*, [1979] 3 Can. L.R.B.R. 40 (B.C.L.R.B.); and *Kuehne & Nagel Int'l Ltd.*, [1979] 1 Can. L.R.B.R. 156 (B.C.L.R.B.). Both *Cannet* and *Cottrell* concerned the constitutional characterization of shippers who contracted, for the benefit of their customers, with federal railways to ship goods out of province. In each case, the provincial operation or its subsidiary would pick up the consigned goods and take them to a railway terminal which was rented from the railway. There the goods would be consolidated and loaded into boxcars owned by the railway for shipment. In *Cottrell* the only issue was whether the shipping company was itself a federal work or undertaking within the meaning of s. 92(10)(a) of the *Constitution Act, 1867* (a question which was resolved in the negative by the Divisional Court) and is of no relevance to the following discussion. In *Cannet* at issue was the jurisdiction over the labour relations of *Cannet*, a subsidiary trucking operation of *Cottrell*. The Federal Court of Appeal held *Cannet's* employees were employed on or in connection with the shipping enterprise and not

dance, les employés qui font ce travail sont déclarés employés conjoints des deux sociétés. Dans ces circonstances, il est impossible que les employés de Central Western dépendent, pour ce qui a trait à leurs relations du travail, d'un régime juridique différent de celui qui régit les employés des Chemins de fer nationaux.

Cependant, Central Western a soutenu que l'espèce est analogue à ce qu'on a appelé «les affaires d'expédition de marchandises»: voir *In re Cannet Freight Cartage Ltd.*, [1976] 1 C.F. 174 et *Re The Queen and Cottrell Forwarding Co.* (1981), 124 D.L.R. (3d) 674 (H.C. Ont.). Ces arrêts ont été suivis par plusieurs commissions des relations du travail au Canada et appartiennent maintenant à la jurisprudence du travail relativement au partage des compétences constitutionnelles en matière de relations du travail: voir *General Teamsters v. Consolidated Fastfrate Ltd.* (1976), 76 C.L.L.C. ¶ 16,004 (Board of Industrial Relations, Alb.); *MIS (Canada) Holdings Ltd.*, [1987] O.L.R.B. Rep. 865 (C.R.T. Ont.); *Loomis Messenger Service*, [1985] O.L.R.B. Rep. 1131 (C.R.T. Ont.); *CTG Telecommunications Systems, Inc.* (1985), 10 C.L.R.B.R. (NS) 231 (C.R.T. Ont.); *Inter-City Truck Lines (Canada) Inc.*, [1979] 3 Can. L.R.B.R. 40 (B.C.L.R.B.) et *Kuehne & Nagel Int'l Ltd.*, [1979] 1 Can. L.R.B.R. 156 (B.C.L.R.B.). Les arrêts *Cannet* et *Cottrell* portaient sur la qualification constitutionnelle d'expéditeurs qui s'étaient engagés par contrat, pour le compte de leurs clients, à expédier des marchandises hors de la province par les chemins de fer fédéraux. Dans chacun de ces cas, l'entreprise ou sa filiale recueillait les marchandises et les transportait à un entrepôt ferroviaire loué d'une société de chemin de fer. À cet entrepôt, les marchandises étaient rassemblées et chargées dans des wagons appartenant aux chemins de fer, puis expédiées. Dans l'arrêt *Cottrell*, la seule question en litige était de savoir si la société d'expédition était elle-même une entreprise ou un ouvrage à caractère fédéral au sens de l'al. 92(10)a de la *Loi constitutionnelle de 1867* (question à laquelle la Cour divisionnaire a répondu non) et l'arrêt n'a aucune pertinence pour la discussion qui suit. Dans l'arrêt *Cannet*, le litige portait sur la compétence à l'égard des relations du travail chez *Cannet*, une

with the railway. The essence of the Court of Appeal's decision in *Cannet* is perhaps best captured by the words of Heald J. at p. 181:

The factual situation in this case is rather the exact reverse of the situation in *Eastern Canada Stevedoring*. In the *Eastern Canada Stevedoring* case (*supra*), the shipping companies engaged Eastern Canada Stevedoring to load and unload whereas, in the case at bar, *Cannet*, in the course of its business rented from the CNR railway cars and loaded those cars with goods belonging to *Cannet's* customers in the Toronto area. *Cannet's* entire sphere of operation in its business is local, i.e., the Toronto, Ontario area. It is the CNR that is in the business of transporting the railway cars and their contents across provincial boundaries, not *Cannet*.

Central Western argues that this case is similar. It maintains that the only thing which distinguishes this case is the nature of the product transported. The fact that Central Western is engaged in the transportation of grain ultimately bound for export is not, according to the appellant, sufficient to subject its labour relations to federal jurisdiction.

I do not agree. In *Cannet* the employees in question were not in any way involved with the operation of the railway. Instead, they were involved primarily in the loading and unloading of goods onto railway cars which their employer had contracted to ship. The Court found that the only connection between the work and the railway was through a contract for carriage. The relationship between Central Western and the CN, in contrast, could not possibly be characterized as one turning solely on a contract of carriage. Here, the CN and Central Western are both engaged in the same enterprise (the transportation of export grain), are both under public duty to perform this function, are both carrying out this enterprise for the same entity (the Grain Transportation Agency), are both using the same government-owned equipment (the boxcars), and are both paid the same amount by the same authority. It is my opinion that the freight forwarding cases simply do not assist the appellant and accordingly I would hold that the

entreprise de camionnage, filiale de Cottrell. La Cour d'appel fédérale a jugé que les employés de *Cannet* étaient rattachés ou liés à l'entreprise d'expédition et non au chemin de fer. L'essentiel de l'arrêt de la Cour d'appel se trouve probablement le mieux exprimé dans ce passage des motifs du juge Heald, à la p. 181:

Les faits en l'espèce vont plutôt à l'opposé des circonstances de l'arrêt *Eastern Canada Stevedoring*. Dans cette dernière affaire, les compagnies de navigation avaient fait appel à la Eastern Canada Stevedoring pour le chargement et le déchargement tandis que, dans celle qui nous est soumise, la *Cannet*, dans le cours de ses affaires louait au CN des wagons et y chargeait des marchandises appartenant à ses clients dans la région de Toronto. Toute la zone d'activité de la *Cannet* avait un caractère purement local, savoir la région de Toronto (Ontario). C'était le CN et non la *Cannet* qui s'occupait d'acheminer les wagons et leur contenu à travers les provinces.

Central Western soutient que la présente affaire est semblable. Elle soutient que la seule distinction à faire en l'espèce est la nature du produit transporté. Le fait que Central Western fasse le transport du grain destiné à l'exportation ne suffit pas, selon l'appelante, à assujettir ses relations du travail à la compétence fédérale.

Je ne suis pas d'accord. Dans l'arrêt *Cannet*, les employés en cause n'avaient rien à voir avec l'exploitation du chemin de fer. Ils s'occupaient surtout de charger des marchandises dans des wagons de chemin de fer et de les décharger parce que leur employeur s'était engagé par contrat à expédier ces marchandises. La cour a conclu que le seul lien qui existait entre ce travail et le chemin de fer dépendait d'un contrat de transport. Par contre, on ne peut certes pas dire du lien entre Central Western et CN qu'il dépend seulement d'un contrat de transport. En l'espèce, CN et Central Western sont engagés tous les deux dans la même entreprise (le transport du grain destiné à l'exportation); ils ont tous les deux une obligation de droit public d'effectuer ce transport; ils exploitent tous les deux cette entreprise pour le même organisme (L'Office de transport du grain); ils utilisent tous les deux le même matériel qui appartient au gouvernement (les wagons à grain) et ils reçoivent tous les deux la même rémunération du même

labour relations of Central Western are governed by federal law.

It has also been suggested that the fact that there is no simultaneous connection between the employees of the CN and Central Western dictates against the labour relations of the latter being swept under federal jurisdiction. My colleague has quite rightly noted that, unlike the situation in *Northern Telecom (No. 2)*, the employees of the two railways in question here do not really perform their tasks simultaneously. To my mind, however, lack of co-ordination of work is a neutral factor in this case. It is the nature of the enterprise at issue here which dictates against employee integration as a relevant factor. As I indicated previously, employees of the CN on the Stettler Subdivision worked only on that line. Their only point of contact with other employees of CN would be at the Camrose Yard where the boxcars would be transferred to another locomotive. The same system has remained in place since the sale. Thus, because of the nature of the operation of the line, opportunities for the simultaneous performance of work are limited indeed. The most that can be said is that the nature and extent of employee contact has not been altered by or since the sale.

In my view, the finding that Central Western is sufficiently integrated with Canadian National so as to bring its labour relations within the scope of federal authority accords well with the history and purpose behind the new manner in which the branch line was conceived and is in fact being operated.

As has been noted, the sale of the line was effected as part of a test project to examine alternatives to branch line abandonment. The general features of the proposed project were described by Transport Canada in its Information Bulletin (dated June 19, 1986) as follows:

organisme. Je suis d'avis que les arrêts relatifs à l'expédition de marchandises ne sont d'aucun secours à l'appelante et je conclus que les relations du travail de la Central Western relèvent des lois a fédérales.

On a aussi soutenu que l'absence de rapport de simultanéité entre le travail des employés de CN et celui des employés de Central Western indique b qu'il ne faut pas faire relever les relations du travail de cette dernière de la compétence fédérale. Mon collègue a, à juste titre, souligné qu'à la différence de ce qui se produisait dans l'arrêt *Northern Telecom (n° 2)*, les employés des deux c sociétés de chemin de fer en cause ne remplissent pas leurs fonctions en même temps. Pour moi, cependant, l'absence de coordination du travail est un facteur neutre en l'espèce. C'est la nature de d l'entreprise en cause en l'espèce qui commande de ne pas considérer l'intégration du travail des employés comme un facteur pertinent. Comme je l'ai déjà mentionné, les employés de CN qui travaillent à la subdivision Stettler ne travaillaient e que sur cette ligne. Leur seul point de contact avec les autres employés des Chemins de fer nationaux étaient la gare de triage Camrose où les wagons étaient rattachés à une autre locomotive. Le même système est demeuré en place depuis la vente. f Donc, à cause de la nature des opérations exécutées sur cette ligne, les occasions d'exécution simultanée du travail sont vraiment limitées. Tout ce qu'on peut en dire, c'est que la nature et g l'étendue des contacts n'ont pas été modifiées par la vente, ni depuis celle-ci.

Selon moi, la conclusion que Central Western est suffisamment intégrée aux Chemins de fer nationaux pour que ses relations du travail relèvent h de la compétence fédérale s'accorde bien avec l'historique et l'objectif qui sont à l'origine de la nouvelle façon de créer et d'exploiter cet embranchement de chemin de fer.

Comme je l'ai déjà souligné, la vente de cette ligne de chemin de fer fait partie d'un essai de solution de rechange à l'abandon des embranchements. Un bulletin d'information de Transport Canada (daté du 19 juin 1986) décrit les caractéristiques principales de l'essai proposé dans les termes suivants: i j

... The Stettler Subdivision has been selected for a short line railway demonstration project to evaluate alternatives to railway branch line abandonment.

Under the concept, producers will deliver grain to the elevators as normal. It will then be moved by the CWR to an interchange with Canadian National Railways at either end of the line, or with Canadian Pacific Railway at the Town of Stettler. During the test period, financial assistance will be provided by the federal government to CWR, to maintain producer rates at the level set by the Western Grain Transportation Act.

Here again the point should be made that Central Western was envisioned and indeed operates as one component of a highly integrated system of grain transportation. There is no doubt that Central Western is carrying on the very same function performed by Canadian National prior to the sale. Quoting from the cross-examination of Mr. Payne, president of Central Western, by Mr. Wray, counsel for three of the respondent unions:

Q. I take it that the, that the ultimate destination of these customers is the same under your operation as it was under CNR?

A. I would think so, yes.

Q. In other words the, the whole, the whole thrust of this transportation is to get the grain to port?

A. Yes.

Q. And that's true whether it was CNR taking it there or whether it's you feeding into the CNR taking it to port?

A. Yes.

Q. And the port is, is the west coast, in the vast majority of cases, is it?

A. Yes.

Q. So you've got the same customers, you're transporting the same product, the ultimate destination is the same. Correct?

A. Yes.

Q. And it's moving down the same track?

A. Yes.

Q. And once it's handed over to CNR, or possibly CPR, it'll head to the coast in exactly the way it's always done?

A. Yes.

... La subdivision Stettler a été choisie pour un projet de démonstration de voie ferrée secondaire afin d'évaluer des solutions de rechange à l'abandon des embranchements ferroviaires.

a

Selon le concept, les producteurs livreront leur grain aux élévateurs comme d'habitude. De là, il sera transporté par le CWR jusqu'à un échangeur du Canadien National à une extrémité ou l'autre de la ligne, ou encore à un échangeur à Stettler. Durant la période d'essai, le gouvernement fédéral fournira une aide financière au CWR afin de maintenir les tarifs des producteurs aux niveaux fixés par la Loi sur le transport du grain de l'Ouest.

b

c

Il y a lieu de rappeler encore une fois que Central Western a été conçue et est en fait exploitée à titre d'élément d'un système très intégré de transport du grain. Il n'y a pas de doute que Central Western remplit exactement le même rôle que les Chemins de fer nationaux remplissaient avant la vente. Voici une partie du contre-interrogatoire de M. Payne, le président de Central Western, mené par M^e Wray, l'avocat des trois syndicats intimés:

d

e

[TRADUCTION]

Q. Je suppose que la destination finale des envois de ces clients est la même depuis que vous exploitez la ligne que sous l'administration de CN?

f

R. Je le penserais, oui.

Q. En d'autres termes, tout, tout l'objet de ce système de transport est d'expédier le grain vers le port?

R. Oui.

g

Q. Et ceci est vrai, que ce soit CN qui l'y transporte ou que ce soit vous qui l'apportiez au CN, qui lui le transporte au port?

R. Oui.

h

Q. Et le port c'est, c'est celui de la côte Ouest, dans la très grande majorité des cas, n'est-ce pas?

R. Oui.

i

Q. Donc, vous avez les mêmes clients, vous transportez la même denrée, la destination finale est la même, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Et elle est transportée sur les mêmes voies ferrées?

j

R. Oui.

Q. Et après qu'elle est remise au CN, ou peut-être au Canadien Pacifique, elle est dirigée vers la côte exactement comme elle l'avait toujours été avant?

R. Oui.

It seems to me that if Canadian National is obliged to continue to operate the Stettler Subdivision it cannot avoid that responsibility by simply selling that portion of the line which it has unsuccessfully sought to abandon. As originally conceived, the purpose of the project was simply to explore other ways of operating the line. Federal assistance was granted to achieve that end. It was always understood that Central Western would do as Canadian National did but would seek more cost efficient ways of fulfilling that function. And in the event the project fails, the line and everything associated with it will revert back to the CN and it will continue to be bound by the order prohibiting abandonment.

The fact that alternative mechanisms have been attempted to make the system of grain transportation more effective as a whole cannot, without more, change the constitutional characterization of the enterprise. Simply put, Central Western is a short line railway whose operation has been carved out from the CN. Its tracks go nowhere but to Canadian National tracks. Central Western's business consists almost entirely of the transportation of grain to CN and the return of emptied cars from CN. Operationally, it is part of the CN which, it is to be remembered, must continue to operate the line until the protection order expires and the line is permitted to be abandoned. Were this Court to hold otherwise, the whole fabric of grain transportation, an area inundated by federal regulation, would be unravelled.

In closing, I should like to add that this disposition of the jurisdictional issue makes good labour relations sense. It is in the public interest that the integrated elements of an interprovincial work or undertaking be subsumed under federal jurisdiction for the purposes of collective bargaining so that the disruptive effects of industrial unrest be contained and minimized. Especially in those industries which form a vital part of Canada's export economy a rational and cohesive system of labour relations is vital. In such industries it is often the case that labour is organized on a nation-

Il semble que si les Chemins de fer nationaux sont obligés de continuer d'exploiter la subdivision Stettler, ils ne peuvent se soustraire à cette responsabilité uniquement en vendant une partie de la ligne qu'ils n'ont pas réussi à abandonner. Selon le plan original, le programme avait pour objet de chercher d'autres moyens d'exploiter la ligne. Des subventions fédérales ont été accordées à cette fin. Il a toujours été entendu que Central Western ferait la même chose que les Chemins de fer nationaux, mais qu'elle chercherait des moyens plus rentables de remplir ce rôle. Si l'essai ne réussissait pas, la ligne et tous ses accessoires seraient rétrocédés au CN, qui continuerait d'être lié en vertu du décret d'interdiction d'abandon.

Le fait qu'on ait cherché à rendre le système de transport du grain plus efficace dans l'ensemble ne peut, à lui seul, changer la qualification constitutionnelle de l'entreprise. Autrement dit, Central Western est une courte ligne de chemin de fer dont l'exploitation est prélevée sur celle de CN. Ses voies ferrées ne vont nulle part, sauf jusqu'à celles des Chemins de fer nationaux. Les opérations de Central Western consistent presque exclusivement en transport de grain vers CN et en acheminement de wagons vides reçus des Chemins de fer nationaux. Du point de vue fonctionnel, elle fait partie de CN qui, faut-il le rappeler, est tenu de continuer d'exploiter l'embranchement jusqu'à ce que le décret d'interdiction d'abandon prenne fin et que la ligne puisse être abandonnée. Si notre Cour décidait le contraire, tout le tissu du transport du grain, qui est cousu de réglementation fédérale, se déferait.

En terminant, j'aimerais ajouter que cette solution de la question de compétence est bien sensée du point de vue des relations du travail. Il va de l'intérêt public que les éléments intégrés d'une entreprise ou ouvrage à caractère provincial soient soumis à la compétence fédérale pour les fins des conventions collectives de manière à minimiser et contenir les effets perturbateurs des conflits ouvriers. Surtout dans les industries qui appartiennent au secteur vital de l'économie nationale qu'est l'exportation, il est essentiel d'avoir un régime de relations du travail rationnel et unifié. Dans ces

wide or region-wide basis. Part of the purpose of designating such large bargaining units is to ensure that work stoppages in discrete sub-elements of the scheme do not bring the whole system to a crashing halt. From the point of view of labour as well it may be that regulation under a single legislative regime may be desirable as it prevents the fragmentation of bargaining units and hence the dislocation of communities of workers.

Protection of well-established bargaining patterns and protection of the public interest in insulating certain sectors of the economy from the disruptive potential of industrial strife are both considerations of some consequence in the present appeal. The labour relations reality of the situation is that the railway workers employed by Canadian National and Canadian Pacific are subject to the *Canada Labour Code* as were the members of the unions who brought the present application before their discharge upon the sale of the Stettler Subdivision to Central Western. The terms and conditions of employment of these workers are governed by national collective agreements. This has been the pattern of bargaining in the railway sector for many years.

As well, as was noted by the Canada Labour Relations Board, dividing up labour relations jurisdiction in this case would deprive Parliament of the ability to keep grain flowing in times of industrial unrest. I agree with the Board when it said that to find provincial jurisdiction in this instance would wreak havoc with Parliament's obvious intention to control the transportation of export grain.

Finally, the constitutional characterization of the labour relations of Central Western as falling within federal authority is desirable from the point of view of legislated labour policy. These proceedings were commenced when the respondent unions applied to the Canada Labour Relations Board for a declaration that a sale of a business had taken place within the meaning of s. 144 of the Code.

industries, il arrive souvent que les syndicats soient organisés à l'échelle d'une région ou à l'échelle nationale. L'un des objectifs de la formation de grandes unités de négociation collective est de faire en sorte qu'un arrêt de travail dans un élément particulier de l'ensemble ne cause pas d'arrêt catastrophique de tout le système. Du point de vue syndical, il peut aussi être utile d'être soumis à un seul régime de lois afin de prévenir la fragmentation des unités de négociations et la dislocation des groupes de travailleurs.

Dans le présent pourvoi, il n'est pas sans importance de tenir compte de la préservation de pratiques établies de négociation et de la protection de l'intérêt public en soustrayant certains secteurs de l'économie aux effets perturbateurs que peuvent engendrer les conflits ouvriers. La réalité, en matière de relations du travail, en l'espèce, est que les ouvriers des chemins de fer employés des Chemins de fer nationaux et du Canadien Pacifique sont soumis au *Code canadien du travail* comme l'étaient les membres des syndicats qui ont présenté la présente requête avant leur renvoi consécutif à la vente de la subdivision Stettler à Central Western. Les conditions de travail de ces travailleurs sont régies par les conventions collectives nationales. C'est l'usage en matière de relations du travail dans le secteur des chemins de fer depuis de nombreuses années.

De même, comme le Conseil canadien des relations du travail l'a souligné, en divisant la compétence sur les relations du travail en l'espèce, on priverait le Parlement de la capacité de maintenir la circulation du grain en cas de conflit de travail. Je suis d'accord avec le Conseil quand celui-ci dit qu'en attribuant la compétence à la province en l'espèce, on contrecarrerait l'intention évidente du Parlement de régir le transport du grain d'exportation.

Enfin, il y a un autre effet bénéfique, en termes de politique législative relative aux relations du travail, à attribuer la compétence constitutionnelle sur les relations du travail de Central Western à l'autorité fédérale. Les présentes procédures ont commencé par une requête présentée par les syndicats intimés au Conseil canadien des relations du travail afin de faire déclarer qu'il y avait eu vente

The purpose of this application was, of course, to preserve the bargaining rights of the respondent unions and the employees they represent who were adversely affected by the sale. Like the federal Code, s. 44 of the Alberta *Labour Relations Code*, S.A. 1988, c. L-12, provides that bargaining rights survive a sale of a business. The respective governments of both jurisdictions have thus articulated the same policy namely that organized workplaces should not lose the rights they have gained upon a transfer of the business for which they are employed. It would be unfortunate indeed if the Constitution were applied in a manner which defeated this laudable policy.

4. Disposition

I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

I would answer the constitutional question as follows:

Is the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1, constitutionally applicable to the short line railway owned and operated by the appellant Central Western Railway Corporation?

Answer: Yes.

Appeal allowed with costs, WILSON J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Milner & Steer, Edmonton.

Solicitors for the respondents United Transportation Union, the Brotherhood of Maintenance of Way Employees and Canadian Signal and Communications Union: Caley & Wray, Toronto.

Solicitors for the respondent Brotherhood of Locomotive Engineers: Soloway, Wright, Ottawa.

Solicitor for the respondent Canada Labour Relations Board: Canada Labour Relations Board, Ottawa.

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

d'une entreprise au sens de l'art. 144 du Code. Cette requête visait évidemment à protéger les droits de négociation des syndicats intimés et ceux des employés qu'ils représentent contre les effets dommageables de la vente. Comme le Code fédéral, l'art. 44 du *Labour Relations Code* de l'Alberta, S.A. 1988, ch. L-12, dispose que les droits de négociation subsistent malgré la vente d'une entreprise. Le gouvernement de la province et le gouvernement fédéral ont, l'un et l'autre, mis en œuvre la même politique, savoir que les ouvriers syndiqués ne doivent pas perdre leurs droits acquis à cause de la cession de l'entreprise qui les emploie. Il serait vraiment dommage d'appliquer la Constitution de manière à écarter cette politique louable.

4. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens en faveur des intimés.

Je suis d'avis de répondre comme ceci à la question constitutionnelle:

Le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, ch. L-1, est-il constitutionnellement applicable à une ligne de chemin de fer secondaire dont l'appelante Central Western Railway Corporation est propriétaire et qu'elle gère?

Réponse: Oui.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge WILSON est dissidente.

Procureurs de l'appelante: Milner & Steer, Edmonton.

Procureurs des intimés Travailleurs unis des transports, la Fraternité des préposés à l'entretien des voies et Syndicat canadien des signaleurs et des employés des communications: Caley & Wray, Toronto.

Procureurs de l'intimée Fraternité des ingénieurs de locomotives: Soloway, Wright, Ottawa.

Procureur de l'intimé le Conseil canadien des relations du travail: Conseil canadien des relations du travail, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Old St. Boniface Residents Association Inc.
Appellant

v.

**The City of Winnipeg and the St.
Boniface-St. Vital Community Committee**
Respondents

INDEXED AS: OLD ST. BONIFACE RESIDENTS ASSN. INC.
V. WINNIPEG (CITY)

File No. 21428.

1990: May 1; 1990: December 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
MANITOBA

Municipal law — Municipal corporations — Applications for zoning by-laws — Bias or apprehended bias — Municipal councillor supporting rezoning application in private and subsequently voting in favour of it without revealing prior involvement — Whether councillor's conduct raised a reasonable apprehension of bias.

Municipal law — Planning — Official plan — Effect — City and district plans providing for residential development and park — Rezoning permitting condominium development — Whether proposed development conflicted with plans — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, ss. 599, 609.

Municipal law — Zoning — Amendment — Procedure — Applicant for rezoning negotiating with municipality to purchase municipal lands and streets to be closed — Municipality approving sale to applicant before rezoning passed — Whether rezoning proper — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, s. 609(1).

Municipal law — Zoning by-laws — Validity — Rezoning application brought by intended purchaser of municipal land's without city's authorization — Whether rezoning by-law invalid for failure to comply with statute and procedure — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, s. 609(1).

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

**L'Association des résidents du Vieux
St-Boniface Inc.** *Appelante*

c.

**a La ville de Winnipeg et le comité municipal
de St-Boniface-St-Vital** *Intimés*

RÉPERTORIÉ: ASSOC. DES RÉSIDENTS DU VIEUX
b ST-BONIFACE INC. c. WINNIPEG (VILLE)

N° du greffe: 21428.

1990: 1^{er} mai; 1990: 20 décembre.

c Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef
Lamer** et les juges Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et
McLachlin.

d EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit municipal — Municipalités — Demandes de règlements de zonage — Partialité ou crainte de partialité — Un conseiller municipal a appuyé en privé une demande de modification de zonage et a subséquemment voté en faveur de la demande sans révéler sa participation antérieure — La conduite du conseiller soulève-t-elle une crainte raisonnable de partialité?

Droit municipal — Urbanisme — Plan officiel — Effet — Aménagement résidentiel et parc prévus dans les plans de la ville et du district — Nouveau zonage permettant l'aménagement de condominiums — L'aménagement proposé contrevient-il aux plans? — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 599, 609.

Droit municipal — Zonage — Modification — Procédure — L'auteur d'une demande de modification de zonage négocie avec la municipalité l'acquisition de biens-fonds municipaux et de rues destinées à être fermées — Vente au requérant approuvée par la municipalité avant l'adoption du nouveau zonage — Régularité du nouveau zonage — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 609(1).

Droit municipal — Règlements de zonage — Validité — Demande de modification de zonage présentée par l'acquéreur prévu de biens-fonds municipaux sans autorisation de la ville — Le règlement portant modification de zonage est-il invalide pour cause de non-respect de la loi et de la procédure? — City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 609(1).

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

Winnipeg approved a proposed land development in Old St. Boniface, and adopted the recommendations of the Finance Committee, the Community Committee, the Planning and Community Services Committee and, ultimately, City Council that the land in question be rezoned to permit the erection of two condominium towers, that certain streets be closed and that the streets, together with other city-owned land, be sold to the developer. Prior to public hearings before the Community Committee on the application for rezoning submitted by the intended purchaser of the lands, a municipal councillor had been personally involved in the planning of the proposed development and had appeared as advocate in support of the application at in camera private meetings of the Finance Committee. An election intervened during the period between public meetings in which the councillor took part, and he was re-elected. At the public meetings, he did not disclose his earlier involvement with the application.

Before the re-zoning by-law was passed, the appellant attacked the process by way of originating motion filed in the Court of Queen's Bench. The motions judge quashed the Committee's decision, prohibited the passing of the rezoning by-law, and adjourned the appellant's application to quash the street-closing by-law. The City was further prohibited from implementing or acting upon the street-closing by-law until further ordered by the court. The respondents' appeal to the Court of Appeal for Manitoba was allowed and the appellant's cross-appeal concerning the street-closing by-law was dismissed.

The issues raised in this appeal are: (1) whether the municipal councillor was disqualified by reason of bias from participating in the proceedings of the Community Committee; (2) whether the application for rezoning, which was made by someone other than the owner of the subject land, complied with s. 609(1) of the *City of Winnipeg Act*; (3) whether the zoning by-law failed to comply with the Greater Winnipeg development plan ("Plan Winnipeg"); and (4) whether the Community Committee acted in bad faith or in violation of a reasonable expectation of consultation.

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

Per Dickson C.J. and Wilson, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg* was distinguished. A flexible approach based on the context is now taken with respect to the test to be applied for disqualifying bias. Here, it

Winnipeg a approuvé un projet d'aménagement immobilier dans le Vieux St-Boniface et a adopté les recommandations du comité des finances, du comité municipal, du comité de l'urbanisme et des services communautaires et, finalement, du conseil municipal que les biens-fonds en question fassent l'objet d'un nouveau zonage de façon à permettre la construction de deux tours de condominiums, que certaines rues soient fermées et que les rues ainsi que d'autres biens-fonds appartenant à la ville soient vendus au promoteur. Avant que des audiences publiques soient tenues devant le comité municipal relativement à la demande de modification de zonage présentée par l'acquéreur prévu des biens-fonds, un conseiller municipal avait participé personnellement à la planification du projet d'aménagement et avait appuyé la demande dans des réunions à huis clos et privées du comité des finances. Durant la période comprise entre les réunions publiques, il y a eu une élection à laquelle le conseiller a participé et où il a été réélu. Lors des réunions publiques, il n'a pas révélé sa participation antérieure relativement à la demande.

Avant l'adoption du nouveau règlement de zonage, l'appelante a attaqué cette façon de procéder par voie d'avis de requête introductive d'instance déposé auprès de la Cour du Banc de la Reine. Le juge des requêtes a annulé la décision du comité, interdit l'adoption du règlement portant modification de zonage et ajourné l'audition de la demande de l'appelante visant l'annulation du règlement portant fermeture de rues. De plus, il a interdit à la ville d'appliquer ou d'utiliser le règlement de fermeture de rues jusqu'à nouvel ordre de la cour. La Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel des intimés et rejeté l'appel incident de l'appelante relativement au règlement portant fermeture de rues.

Les questions soulevées dans ce pourvoi sont de savoir (1) si le conseiller municipal était, pour cause de partialité, inhabile à participer aux procédures du comité municipal, (2) si la demande de modification de zonage, présentée par une autre personne que le propriétaire du bien-fonds visé, est conforme au par. 609(1) de la *City of Winnipeg Act*, (3) si le règlement de zonage est conforme au plan directeur de la ville de Winnipeg (le «plan de la ville de Winnipeg»), et (4) si le comité municipal a agi de mauvaise foi ou sans respecter une expectative raisonnable de consultation.

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

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Une distinction est faite d'avec l'arrêt *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*. Il convient d'adopter une approche souple fondée sur le contexte en ce qui concerne le critère à

would not be appropriate to apply the test of a reasonable apprehension of pre-judgment with full vigour simply because of the councillor's appearance as advocate for the development proposal before the Finance Committee. The Legislature could not have intended that the rule requiring a tribunal to be free of an appearance of bias apply to members of Council with the same force as in the case of other tribunals whose character and functions more closely resemble those of a court. Some degree of prejudgment is inherent in the role of a municipal councillor. Nor, however, could the Legislature have intended that there be a hearing before a body which has already made an irreversible decision.

The applicable test is that objectors or supporters be heard by members of Council who are capable of persuasion. This test is consistent with the functions of a municipal councillor and enables him or her to carry out the political and legislative duties entrusted to the councillor. The party alleging disqualifying prejudgment must establish that any representations at variance with the adopted view would be futile. Statements by individual members of Council, while they may give rise to an appearance of bias, will not satisfy the test unless the court concludes that they are the expression of a final opinion on the matter.

On the other hand, there is nothing inherent in the councillors' hybrid functions that would make it mandatory or desirable to excuse them from the requirement that they refrain from dealing with matters in respect of which they have either a personal or other interest. Where such an interest is found, both at common law and by statute, a member of Council is disqualified if the interest is so related to the exercise of public duty that a reasonably well-informed person would conclude that it might influence the exercise of that duty. The motions judge erred in applying the reasonable apprehension of bias test once he had found that the councillor whose impartiality was in question had no personal interest in the development, either pecuniary or by reason of a relationship with the developer.

Per Lamer C.J.: The reasons of La Forest J. in *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)* were agreed with. Applying his test to the facts of this case, the appeal should be dismissed.

On the issue of conformity with Plan Winnipeg, the reasons of Sopinka J. were agreed with.

appliquer pour conclure à l'inhabilité pour cause de partialité. Il ne serait pas approprié en l'espèce d'appliquer le critère d'une crainte raisonnable de préjugé dans toute sa rigueur simplement parce que le conseiller a défendu le projet d'aménagement devant le comité des finances. Le législateur ne peut pas avoir voulu que la règle qui exige qu'un tribunal soit exempt de toute apparence de partialité s'applique aux membres d'un conseil municipal avec la même rigueur qu'à d'autres tribunaux administratifs dont le caractère et les fonctions ressemblent davantage à ceux d'une cour de justice. Un certain degré de préjugé est inhérent au rôle de conseiller municipal. Le législateur ne pouvait cependant pas non plus avoir voulu d'une audience devant un organisme qui a déjà pris une décision irrévocable.

Le critère applicable est que les tenants de l'un ou l'autre point de vue doivent être entendus par des membres du conseil qu'il est possible de convaincre. Ce critère est compatible avec les fonctions d'un conseiller municipal et lui permet de remplir ses fonctions politiques et législatives. La partie qui allègue l'existence d'un préjugé qui rend inhabile doit établir qu'il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Bien qu'elles puissent créer une apparence de partialité, les déclarations de conseillers individuels ne satisfont au critère que si la cour conclut qu'elles sont l'expression d'une opinion finale sur la question.

Par contre, il n'y a rien d'inhérent aux fonctions hybrides des conseillers qui rendrait obligatoire ou souhaitable de les soustraire à l'obligation de ne pas intervenir dans des affaires dans lesquelles ils ont un intérêt personnel ou autre. Quant on conclut à l'existence d'un tel intérêt, tant en vertu de la common law que de la loi, un conseiller devient inhabile si l'intérêt est à ce point lié à l'exercice d'une fonction publique qu'une personne raisonnablement bien informée conclurait que cet intérêt risquerait d'influer sur l'exercice de la fonction en question. Le juge des requêtes a commis une erreur en appliquant le critère de la crainte raisonnable de partialité après qu'il eut conclu que le conseiller dont l'impartialité était mise en doute n'avait aucun intérêt personnel dans le projet d'aménagement, que ce soit sur le plan pécuniaire ou sur celui de ses rapports avec le promoteur.

Le juge en chef Lamer: Le juge en chef souscrit aux motifs du juge La Forest dans l'affaire *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*. En appliquant son critère aux faits de l'espèce, on conclut au rejet du pourvoi.

Quand à la question du respect du plan de la ville de Winnipeg, le juge en chef Lamer souscrit aux motifs du juge Sopinka.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. (dissenting): The City was precluded from adopting the zoning by-law in question without first amending Plan Winnipeg. The zoning power of Council is constrained by the community plan, the amendment of which involves consultation with community committees and requires the entire council, rather than simply the executive policy committee, to deliberate on the plan by-law. In adopting a by-law which does not conform to the plan, Council oversteps its statutory authority.

The proposed condominium represented a derogation from Plan Winnipeg. If the City wished to permit development that conflicted with the policy of the Plan, it was first required to seek amendment to the Plan. The procedures for amendment provide for public participation at all stages of policy development and it was not open to Council to circumvent the public process by the simple passage of a zoning by-law.

Judicial review is not inappropriate in this case. The designated commissioner, who determines whether a by-law conforms to the Plan, is not independent of Council but, rather, is appointed by and may be dismissed by Council. Furthermore, there is no privative clause. It is therefore open to the courts to overturn a decision which is legally incorrect. The land in question was clearly designated as parkland on the Plan policy map and the condominium development could not be said to conform to the Plan.

Cases Cited

By Sopinka J.

Distinguished: *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512; **referred to:** *R. ex rel Ellerby v. Winnipeg*, [1930] 1 W.W.R. 914; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *Oley and Moffatt v. Fredericton* (1984), 57 N.B.R. (2d) 361; *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879; *Re Cadillac Development Corp. Ltd. and City of Toronto* (1973), 1 O.R. (2d) 20; *Re Blustein and Borough of North York*, [1967] 1 O.R. 604; *Re Moll and Fisher* (1979), 23 O.R. (2d) 609; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935; *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 All E.R. 346; *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d)

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory (dissidents): La ville ne pouvait pas adopter le règlement de zonage en cause sans d'abord modifier le plan de la ville de Winnipeg. Le pouvoir de zonage du conseil est limité par le plan d'urbanisme dont la modification nécessite la consultation de comités municipaux et exige que le conseil au complet, et non simplement le comité exécutif, délibère sur le règlement relatif au plan. En adoptant un règlement non conforme au plan, le conseil outre-passe le pouvoir que lui confère la Loi.

Le projet de condominiums constitue une dérogation au plan de la ville de Winnipeg. Si la ville désirait autoriser un aménagement qui ne respectait pas la politique du plan, elle devait d'abord demander la modification du plan lui-même. Les procédures de modification prévoient la participation du public à toutes les étapes de la conception d'une politique et il n'était pas loisible au conseil de se soustraire au processus public par la simple adoption d'un règlement de zonage.

Le contrôle judiciaire n'est pas inopportun en l'espèce. Le commissaire désigné, qui détermine si un règlement est conforme au plan, n'est pas indépendant du conseil; au contraire, il est nommé et peut être démis de ses fonctions par le conseil. En outre, il n'y a aucune clause privative. Les tribunaux peuvent donc infirmer une décision qui est mauvaise du point de vue légal. Le bien-fonds en cause était clairement désigné comme parc sur la carte établie conformément à la politique du plan et on ne pouvait dire que l'aménagement de condominiums était conforme au plan.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Distinction d'avec l'arrêt: *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; **arrêts mentionnés:** *R. ex rel Ellerby v. Winnipeg*, [1930] 1 W.W.R. 914; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *Oley and Moffatt v. Fredericton* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 361; *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405; *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879; *Re Cadillac Development Corp. Ltd. and City of Toronto* (1973), 1 O.R. (2d) 20; *Re Blustein and Borough of North York*, [1967] 1 O.R. 604; *Re Moll and Fisher* (1979), 23 O.R. (2d) 609; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935; *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 All E.R. 346; *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701; *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation*

49; *Re Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255; *Gaw v. Commissioner of Corrections* (1986), 2 F.T.R. 122; *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia* (1975), 59 D.L.R. (3d) 152; *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213.

By Lamer C.J.

Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township), [1990] 3 S.C.R. 1213.

By La Forest J.

Christie v. City of Winnipeg (1981), 16 M.P.L.R. 128.

Statutes and Regulations Cited

City of Winnipeg, By-laws 965/75, 2960/81, 3336/82, 3829/84.

City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, ss. 1 (p. 2) "designated committee" [en. 1977, c. 64, s. 2], 2(5), 20(1)(e) [en. 1977, c. 64, s. 10], 495(3), 569(f), 597.1(1) [ad. 1977, c. 64, s. 82], 599 [am. 1974, c. 74, s. 33; 1977, c. 64, s. 84], 609(1), (2) [am. 1972, c. 93, s. 79; 1974, c. 73, s. 54; 1977, c. 64, s. 88; 1982-83-84, c. 96, s. 45], (2.1) [ad. 1974, c. 73, s. 54; am. 1975, c. 50, s. 14; 1977, c. 64, s. 88; 1982-83-84, c. 96, s. 46], 610(1) [am. 1974, c. 73, s. 57], 611(1), 612(1) [am. 1974, c. 73, s. 58; c. 74, s. 37], (2) [am. 1977, c. 64, s. 91], 614(1) [en. 1982-83-84, c. 96, s. 49, 615(1.1) [en. 1978, c. 53, s. 31; am. 1982-83-84, c. 96, s. 51], (3) [en. 1978, c. 53, s. 31; am. 1982-83-84, c. 96, s. 53], (4) [en. 1978, c. 53, s. 31].

Community Planning Act, R.S.N.B. 1973, c. C-12, s. 68.

Municipal Council Conflict of Interest Act, R.S.M. 1987, c. 255, ss. 4, 5, 8.

National Energy Board Act, R.S.C. 1970, c. N-6, s. 44.

Authors Cited

Rogers, Ian MacFee. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswells, 1990 (looseleaf).

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswells, 1971.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 58 Man. R. (2d) 255, [1989] 4 W.W.R. 708, 43 M.P.L.R. 101, 58 D.L.R. (4th) 138, allowing the respondents' appeal from a judgment of Schwartz J. (1988), 54 Man.

and *Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49; *Re Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255; *Gaw v. Commissioner of Corrections* (1986), 2 F.T.R. 122; *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia* (1975), 59 D.L.R. (3d) 152; *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213.

Citée par le juge en chef Lamer

Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton), [1990] 3 R.C.S. 1213.

Citée par le juge La Forest

Christie v. City of Winnipeg (1981), 16 M.P.L.R. 128.

Lois et règlements cités

City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 1 (p. 2) «comité désigné» [ad. 1977, ch. 64, art. 2], 2(5), 20(1)(e) [ad. 1977, ch. 64, art. 10], 495(3), 569(f), 597.1(1) [aj. 1977, ch. 64, art. 82], 599 [mod. 1974, ch. 74, art. 33; 1977, ch. 64, art. 84], 609(1), (2) [mod. 1972, ch. 93, art. 79; 1974, ch. 73, s. 54; 1977, ch. 64, art. 88; 1982-83-84, ch. 96, art. 45], (2.1) [aj. 1974, ch. 73, art. 54; mod. 1975, ch. 50, art. 14; 1977, ch. 64, art. 88; 1982-83-84, ch. 96, art. 46], 610(1) [mod. 1974, ch. 73, art. 57], 611(1), 612(1) [mod. 1974, ch. 73, art. 58; ch. 74, art. 37], (2) [mod. 1977, ch. 64, art. 91], 614(1) [ad. 1982-83-84, ch. 96, art. 49], 615(1.1) [ad. 1978, ch. 53, art. 31; mod. 1982-83-84, ch. 96, art. 51], (3) [ad. 1978, ch. 53, art. 31; mod. 1982-83-84, ch. 96, art. 53], (4) [ad. 1978, ch. 53, art. 31].

Loi sur l'urbanisme, L.R.N.-B. 1973, ch. C-12, art. 68.

Loi sur les conflits d'intérêts au sein des conseils municipaux, L.R.M. 1987, ch. 255, art. 4, 5, 8.

Loi sur l'Office national de l'énergie, S.R.C. 1970, ch. N-6, art. 44.

Ville de Winnipeg, règlements 965/75, 2960/81, 3336/82, 3829/84.

Doctrines citées

Rogers, Ian MacFee. *Canadian Law of Planning and Zoning*. Toronto: Carswells, 1990 (feuilles mobiles).

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswells, 1971.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 58 Man. R. (2d) 255, [1989] 4 W.W.R. 708, 43 M.P.L.R. 101, 58 D.L.R. (4th) 138, qui a accueilli l'appel interjeté par les intimés contre un jugement du juge Schwartz (1988), 54

R. (2d) 252, 39 M.P.L.R. 271, quashing the decision of the respondent, the St. Boniface-St. Vital Community Committee, and granting *certiorari* and prohibition. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. dissenting.

Arne Peltz and M. B. Nepon, for the appellant.

C. Gillespie and D. McCaffrey, Q.C., for the respondents.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal was heard together with *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213, and reasons for judgment are being released concurrently. They both raise the question of the application of the rules of natural justice or fairness to municipal councillors when they are called upon to make a decision after hearing representations from interested parties. In particular, these appeals raise the issue of the application to municipal councillors of the rule which requires a member of a tribunal to recuse himself or herself when there exists a reasonable apprehension of bias or prejudgment.

In this appeal the appellant, in addition to the issue of bias, raises the following issues: Did the City have jurisdiction to proceed with the rezoning in the absence of express written authority from all freehold owners of the proposed site? Is the zoning by-law void for non-conformity with Plan Winnipeg? Did breach of an alleged undertaking to involve the Residents Association in a redevelopment plan constitute bad faith or create a right of consultation?

Facts

The appellant is a Residents Association for the area known as Old St. Boniface. It has existed since 1977. It was incorporated in 1979 pursuant to the Neighbourhood Improvement Program, which was a federal, provincial and municipal

Man. R. (2d) 252, 39 M.P.L.R. 271, qui avait annulé une décision de l'intimé, le comité municipal de St-Boniface-St-Vital, et accordé un bref de *certiorari* et de prohibition. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory sont dissidents.

Arne Peltz et M. B. Nepon, pour l'appelante.

C. Gillespie et D. McCaffrey, c.r., pour les intimés.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, Sopinka, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi et le pourvoi *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213, ont été entendus ensemble et les motifs de jugement sont rendus simultanément. Ils soulèvent l'un et l'autre la question de l'application des règles de justice naturelle ou de l'équité aux conseillers municipaux appelés à prendre une décision après avoir entendu les observations des parties intéressées. Se pose en particulier dans ces pourvois la question de l'application aux conseillers municipaux de la règle imposant à un membre d'un tribunal administratif l'obligation de se récuser lorsqu'il existe une crainte raisonnable de partialité ou de préjugé.

Outre la partialité, l'appelante soulève en l'espèce les questions suivantes: la ville avait-elle compétence pour procéder à la modification du zonage sans en avoir reçu par écrit l'autorisation expresse de tous les propriétaires fonciers du site proposé? Le règlement de zonage est-il entaché de nullité pour cause de non-conformité avec le plan de la ville de Winnipeg? L'engagement qui aurait été pris de faire participer l'association des résidents à la conception d'un plan de réaménagement conférerait-il à celle-ci le droit d'être consultée et la violation de cet engagement constituait-elle de la mauvaise foi?

Les faits

L'appelante est une association des résidents du secteur connu sous le nom de Vieux St-Boniface. Elle existe depuis 1977. En 1979, elle a été constituée en personne morale dans le cadre du programme d'amélioration de quartier qui était une

initiative. Since the completion of that program, the appellant has continued its involvement in area planning through consultation with the Community Committee and others.

It helps to note from the outset the distinction between planning and zoning by-laws. The *City of Winnipeg Act*, S.M. 1971, c. 105, as amended, calls for various plans of different levels of specificity. The Greater Winnipeg development plan ("Plan Winnipeg") is the most general plan, encompassing the whole City. The Act creates six "communities" within the City, and each is to have a corresponding Community Plan. The most specific plan is called an Action Area Plan. These plans are created or amended by by-law. Planning by-laws do not affect zoning, which for any given parcel of land must be established by a zoning by-law. Under the Act the various plans are to be consistent with one another, and zoning is to be consistent with the plans.

The lands at issue in this case are located across the Red River from downtown Winnipeg, in Old St. Boniface. The Red River borders the area to the north and the west. To the east is an open area called Whittier Park. To the south is the CN mainline, known as the Highline. Prior to 1976, lands immediately adjacent to the Highline were designated as a proposed rapid transit corridor. The area is somewhat isolated from the rest of St. Boniface by the Highline. In 1976 the North St. Boniface District Plan was enacted (By-law 965/75), which designated the lands north of the Highline as "proposed park area". This plan was and continues to be the Action Area Plan for North St. Boniface. Pursuant to this plan the City commenced acquiring land in the area north of the Highline.

In December 1979, the appellant initiated a review of the Action Area Plan for the purpose of having the area north of the Highline, except for the riverbank property, redesignated for residential

initiative conjointe des gouvernements fédéral, provincial et municipal. Depuis la fin de ce programme, l'appelante continue, par la consultation avec le comité municipal notamment, à participer aux projets d'urbanisme pour le secteur en question.

Il est utile de souligner au départ la différence entre les règlements d'urbanisme et les règlements de zonage. La *City of Winnipeg Act*, S.M. 1971, ch. 105, et ses modifications, prévoit divers plans présentant différents degrés de précision. Le plus général de ces plans est le plan directeur de la ville de Winnipeg (le «plan de la ville de Winnipeg»), qui vise l'ensemble de la ville. La Loi crée dans les limites de la ville six «secteurs» devant avoir chacun son propre plan de secteur. Ce sont les plans d'action de secteur, établis ou modifiés par voie de règlement, qui sont les plus précis. Or, les règlements d'urbanisme ne touchent pas le zonage, qui, pour chaque parcelle de terrain, doit être établi par un règlement de zonage. Aux termes de la Loi, les différents plans doivent être compatibles les uns avec les autres et le zonage doit être conforme à ces plans.

Les biens-fonds en cause sont situés dans le Vieux St-Boniface, en face du centre-ville de Winnipeg, de l'autre côté de la rivière Rouge. Ce secteur est bordé au nord et à l'ouest par la rivière Rouge. À l'est, il y a un secteur inoccupé appelé Whittier Park. Au sud, s'étend la voie principale du CN, que l'on appelle la Highline. Antérieurement à 1976, des terres attenantes à la Highline ont été affectées à un projet de couloir de transport rapide. Le secteur en question se trouve quelque peu isolé du reste de St-Boniface par la Highline. En 1976, on a adopté le plan du district de St-Boniface nord (règlement 965/75), qui affectait à un [TRADUCTION] «projet de parc» les terres situées au nord de la Highline. Ce plan constituait alors et constitue encore le plan d'action de secteur de St-Boniface nord. En exécution de ce plan, la ville a commencé à faire l'acquisition de bien-fonds dans le secteur situé au nord de la Highline.

En décembre 1979, l'appelante a amorcé une révision du plan d'action de secteur en vue de faire changer l'affectation des terres se trouvant au nord de la Highline, à l'exception de celles longeant la

land use. Since 1979, it appears to have been a generally recognized goal to encourage people to live in the area north of the Highline. The conversion of then existing residential property by the City to parkland was reducing the population and number of families to a level required for a stable community base in North St. Boniface. Councillor Guy Savoie, the Municipal Councillor for the area, was involved in this review.

City By-laws 3336/82 and 3829/84 changed the planning designation to future residential use. By-law 3829/84 reclassified an area, including that at issue in this case, as residential. However, the scope and density of the residential use were not determined in that by-law. The appellant was apparently aware that a single-family designation might not provide sufficient population to justify servicing costs of a residential subdivision and that a multiple use might be necessary to meet its objectives. The appellant, however, was opposed to highrise development.

On April 9, 1986, the City passed By-law No. 2960/81, known as Plan Winnipeg, concluding a process that had been begun years earlier. It shows a portion of the disputed lands as carrying a designation of "regional park", while the balance is designated as "older residential neighbourhood".

As noted above, planning by-laws do not affect zoning. In the spring of 1986, the area north of the Highline was in a variety of parcels with various zoning designations, including M2, light industrial.

We now come to the development giving rise to these proceedings. By the summer of 1986, Tyrone Enterprises Ltd. (Tyrone) had acquired several

rivière, de manière à ce qu'elles soient destinées à l'habitation. Il semble être généralement reconnu depuis 1979 qu'il faut encourager les gens à s'installer dans le secteur situé au nord de la Highline.

a La conversion en parcs, effectuée par la ville, de terres affectées alors à l'habitation a eu pour effet de réduire la population et le nombre de familles au niveau requis pour assurer à St-Boniface nord une solide base démographique. Guy Savoie, conseiller municipal du secteur en question, a participé à cette révision.

Par suite des règlements municipaux 3336/82 et 3829/84, qui sont venus en changer l'affectation urbaniste, les terres visées devaient constituer un futur quartier résidentiel. En particulier, le règlement 3829/84 affectait à l'habitation un territoire englobant les biens-fonds en cause en l'espèce. Ce règlement ne précisait toutefois pas l'étendue ni la densité de l'aménagement aux fins d'habitation. À ce qu'il paraît, l'appelante savait que l'affectation à la construction d'habitations unifamiliales ne permettrait peut-être pas d'obtenir une population suffisante pour justifier les coûts de viabilisation d'un lotissement à usage d'habitation et que l'affectation à des usages multiples pourrait s'imposer pour assurer la réalisation de ses objectifs. L'appelante s'opposait cependant à la construction de tours.

Le 9 avril 1986, la ville a adopté le règlement n° 2960/81, connu sous le nom de plan de la ville de Winnipeg. C'était là l'aboutissement d'un processus entamé plusieurs années auparavant. Sur le plan, une partie des biens-fonds faisant l'objet du litige figurent comme [TRADUCTION] «parc régional», tandis que le reste de ces terres sont désignées comme [TRADUCTION] «vieux quartier résidentiel».

Comme je l'ai déjà indiqué, les règlements d'urbanisme n'ont aucune incidence sur le zonage. Au printemps de 1986, le secteur situé au nord de la Highline se composait de plusieurs terrains ayant différentes affectations de zonage, dont l'affectation M2 (industrie légère).

Voilà qui nous amène au projet immobilier à l'origine de la présente instance. Dès l'été de 1986, Tyrone Enterprises Ltd. (Tyrone) s'était portée

adjacent parcels of land on rue Messenger, in Old St. Boniface north of the Highline. The street is a block in length, running east to west. Tyrone owned most of the south side of the block. The north side is vacant, city-owned land which extends to the Red River. Tyrone intended to build two seven-storey condominiums. Its plan required consolidating its land with land it would purchase from the City, purchasing and closing certain streets, and changing existing zoning.

In May 1986, Tyrone approached the City about purchasing the city-owned properties plus the land comprising intended street closures. Some time prior to August 1986, discussions took place between representatives of Tyrone and representatives of the City, including Councillor Guy Savoie, at which the proposal was presented and reviewed. On August 6, Tyrone's solicitor wrote to the City, indicating his client's intention to proceed with a rezoning application for the consolidated parcel of land. He asked for a letter from the City authorizing Tyrone to proceed with the zoning application.

On August 7, 1986, Tyrone filed the application. There was as yet no written authorization from the City to apply for rezoning of City-owned lands.

On August 8, 1986, the Land Surveys and Real Estate Department of the City filed a report with the Finance Committee which summarized the discussions that had been held with representatives of Tyrone. It recommended that Tyrone be given an option with respect to the City-owned lands. The report came before an in camera meeting of the Finance Committee held on August 12, 1986. Although in camera, full minutes of the meeting were kept and were available to the public. Councillor Savoie, although not a member of the Finance Committee, attended and spoke in favour of granting Tyrone an option to buy the necessary lands. The Finance Committee put the matter over to its next meeting, on September 9. At that

acquéreur de plusieurs terrains contigus situés rue Messenger dans le Vieux St-Boniface au nord de la Highline. D'une longueur équivalant à la distance entre deux rues parallèles, cette rue a une orientation est-ouest. Tyrone était propriétaire de la majeure partie du côté sud du quadrilatère. La partie nord se compose de terrains vagues appartenant à la ville, qui s'étendent jusqu'à la rivière Rouge. Tyrone projetait la construction de deux tours de condominiums de sept étages. Son plan nécessitait le regroupement de ses terrains avec des terrains qu'elle achèterait à la ville, l'acquisition et la fermeture de certaines rues et la modification du zonage existant.

En mai 1986, Tyrone a pressenti la ville relativement à l'achat des biens-fonds appartenant à cette dernière et des terrains occupés par les rues dont Tyrone envisageait la fermeture. Quelque temps avant le mois d'août 1986, des discussions ont eu lieu entre des représentants de Tyrone et des représentants de la ville, dont le conseiller Guy Savoie, au cours desquelles la proposition a été soumise et examinée. Le 6 août, l'avocat de Tyrone a écrit à la ville, lui signalant l'intention de sa cliente de présenter une demande de modification du zonage des biens-fonds regroupés. Il a demandé à la ville une lettre autorisant Tyrone à aller de l'avant avec sa demande de modification de zonage.

Le 7 août 1986, Tyrone a présenté la demande. À ce moment-là, la ville n'avait pas encore accordé l'autorisation écrite de demander la modification du zonage des biens-fonds lui appartenant.

Le 8 août 1986, le service des levés de terrain et des biens immobiliers de la ville a déposé auprès du comité des finances un rapport résumant les discussions qui avaient eu lieu avec les représentants de Tyrone. Il était recommandé dans ce rapport que l'on accorde à Tyrone une option sur les biens-fonds appartenant à la ville. Le rapport a été examiné au cours d'une réunion à huis clos du comité des finances tenue le 12 août 1986. En dépit du huis clos, un procès-verbal complet de la réunion a été dressé et mis à la disposition du public. Le conseiller Savoie, bien qu'il ne fût pas membre du comité des finances, a assisté à la réunion où il s'est prononcé en faveur de l'idée d'accorder à Tyrone une option d'acheter les biens-

meeting, Councillor Savoie again spoke in favour of granting the option to Tyrone. The Finance Committee approved of the option as recommended.

By letter dated September 17, 1986, the Director of the Land Surveys and Real Estate Department authorized Tyrone to proceed with the rezoning application in respect of City-owned lands, in the following terms:

Inasmuch as your client now has an interest in those City-owned properties contained within the proposed development area your client may now proceed to make application for rezoning and subdivision.

As noted above, the Act divides Winnipeg into six "communities". Rezoning applications are initially referred to the Community Committee in which the land is located. The Community Committee hears representations from interested persons, and makes a recommendation on the application. The Community Committee is composed of members of City Council who represent a ward within the community. These included Councillors Savoie, Reese and Ducharme. Councillors Reese and Ducharme were also members of the Finance Committee and had voted against the Tyrone development.

The hearing of the zoning application commenced on October 7, 1986. Councillor Savoie was one of three members of City Council present at the meeting. Tyrone's solicitor made a presentation in favour of rezoning. A representative of the appellant opposed rezoning. The application was deferred. In the meantime, on Councillor Savoie's motion, the Community Committee sought further information from the City administration on the impact of the potential development.

The next meeting was November 18, and Councillor Savoie acted as chairman. During the period

fonds nécessaires. Le comité des finances a reporté l'étude de cette question à sa réunion suivante, prévue pour le 9 septembre. Lors de cette réunion, le conseiller Savoie s'est de nouveau prononcé en faveur de l'attribution d'une option à Tyrone. Le comité des finances a approuvé l'option telle qu'elle lui avait été recommandée.

Dans une lettre en date du 17 septembre 1986, le directeur du service des levés de terrain et des biens immobiliers a autorisé Tyrone à aller de l'avant avec la demande de modification de zonage relativement aux biens-fonds appartenant à la ville. L'autorisation est ainsi formulée:

[TRADUCTION] En autant qu'elle possède maintenant un intérêt dans les biens-fonds appartenant à la ville situés dans le secteur destiné à l'aménagement envisagé, votre cliente peut maintenant présenter une demande de modification de zonage et de lotissement.

Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, la Loi divise Winnipeg en six «secteurs». Les demandes de modification de zonage sont acheminées d'abord au comité municipal du secteur où se trouvent les biens-fonds en question. Le comité municipal entend les observations des intéressés et fait ensuite une recommandation concernant la demande. Il se compose des conseillers municipaux représentant un quartier compris dans le secteur. En l'occurrence, il s'agissait notamment des conseillers Savoie, Reese et Ducharme. Les conseillers Reese et Ducharme étaient également membres du comité des finances et avaient voté contre le projet immobilier de Tyrone.

L'audition de la demande de modification de zonage a débuté le 7 octobre 1986. Le conseiller Savoie était l'un des trois membres du conseil municipal présents à la réunion. L'avocat de Tyrone a exposé des arguments en faveur de la modification du zonage tandis qu'un représentant de l'appelante s'y est opposé. L'audition de la demande a été ajournée. Entre-temps, à la suite d'une requête du conseiller Savoie, le comité municipal a demandé à l'administration de la ville de plus amples renseignements sur les effets de l'aménagement éventuel.

La réunion suivante a été tenue le 18 novembre et présidée par le conseiller Savoie. Pendant la

of the adjournment, a municipal election intervened. Councillors Reese and Ducharme, who had opposed the development, were not re-elected, while Councillor Savoie, who supported it, was. There was lengthy discussion of the application and again the matter was deferred. Before the next meeting, the appellant learned that Councillor Savoie had earlier supported Tyrone's application before the Finance Committee. On December 5, 1986, the appellant wrote to Councillor Savoie, suggesting that he had committed himself in support of the project, and that he therefore should not participate in the decision with respect to zoning at the Community Committee meeting. On December 9, 1986, the Community Committee, including Councillor Savoie, approved Tyrone's application subject to the City's usual requirements, and at the same meeting approved the street-closing by-law.

The report of the Community Committee recommending the rezoning was then referred to the Committee on Planning and Community Services (the designated committee). On January 5, 1987, with the addition of further conditions, it expressed its agreement to the suggested rezoning. The Executive Policy Committee considered the proposed rezoning at a meeting held on January 14, 1987.

On January 21, 1987, the report of the Committee on Planning and Community Services, recommending the rezoning subject to conditions, came before the plenary session of City Council. After a full debate, Council gave its approval to the intended rezoning, subject to conditions, and directed the city solicitor to prepare the necessary rezoning by-law and forward it to Council "for all three readings" when the various conditions had been met.

The Committee on Finance and Administration received a report on the negotiations concerning the sale of the land, including city streets, on July 14, 1987. The Committee recommended the sale of all of the lands to Tyrone for \$152,530. This

période d'ajournement, une élection municipale a eu lieu. Les conseillers Reese et Ducharme, qui s'étaient opposés au projet, n'ont pas été réélus, tandis que le conseiller Savoie, qui l'appuyait, l'a été. La demande a été longuement discutée et l'affaire a de nouveau été ajournée. Avant la réunion suivante, l'appelante a appris que le conseiller Savoie avait auparavant appuyé la demande de Tyrone devant le comité des finances. Le 5 décembre 1986, l'appelante a écrit au conseiller Savoie pour lui dire que, comme il s'était engagé à appuyer le projet d'aménagement, il ne devrait pas participer à la prise de la décision relative au zonage lors de la réunion du comité municipal. Le 9 décembre 1986, le comité municipal, y compris le conseiller Savoie, a fait droit à la demande de Tyrone sous réserve des conditions d'usage imposées par la ville et, au cours de la même réunion, a approuvé le règlement prévoyant la fermeture de rues.

Ensuite, le rapport du comité municipal recommandant la modification du zonage a été soumis au comité de l'urbanisme et des services communautaires (le comité désigné). Le 5 janvier 1987, ce comité, après avoir ajouté des conditions, a exprimé son approbation du nouveau zonage proposé. Cette proposition de modification de zonage a alors été examinée par le comité exécutif lors d'une réunion tenue le 14 janvier 1987.

Le 21 janvier 1987, le rapport du comité de l'urbanisme et des services communautaires, qui recommandait la modification du zonage, sous réserve de certaines conditions, a été déposé lors d'une séance plénière du conseil municipal. À l'issue d'un débat exhaustif, le conseil a approuvé, sous réserve de certaines conditions, le projet de modification de zonage, et a ordonné au procureur de la ville de rédiger le règlement de modification de zonage nécessaire et de le faire tenir au conseil [TRADUCTION] «pour qu'il soit procédé aux trois lectures», une fois remplies les différentes conditions prescrites.

Le comité des finances et de l'administration a reçu le 14 juillet 1987 un rapport sur les négociations relatives à la vente des biens-fonds en question, qui comprenaient certaines rues de la ville. Le comité a recommandé que tous ces biens-fonds

recommendation went to City Council on August 19, 1987, and was approved. On August 19, 1987, the City Council also adopted the recommendation of the Committee on Works and Operations to close the streets and on October 1, 1987, the Council passed a by-law closing the streets.

This was the state of affairs when the appellant commenced these proceedings. To summarize:

1. The rezoning had been approved by the Community Committee and by the Planning and Community Services Committee, and then ultimately by City Council itself, but the rezoning by-law had not yet been passed.
2. The necessary street closings had been completed.
3. Sale of the property, both the land comprised in the closed streets and further City-owned lands, was approved, but the conveyance of these lands to Tyrone had not yet taken place.

The appellant attacked the process by way of originating notice of motion filed in the Court of Queen's Bench. It sought an order quashing the decision of the Community Committee, an order prohibiting the City from giving third reading to the proposed zoning by-law, and an order quashing the street-closing by-law. The motions judge quashed the Committee's decision, prohibited the passing of the rezoning by-law and adjourned the application to quash the street-closing by-law: (1988), 54 Man. R. (2d) 252. Further, the City was prohibited from implementing or acting upon the street-closing by-law until further order by the court. The respondents' appeal to the Court of Appeal for Manitoba was allowed and the appellant's cross-appeal concerning the street-closing by-law dismissed: (1989), 58 Man. R. (2d) 255.

Decisions Below

Court of Queen's Bench of Manitoba

soient vendus à Tyrone au prix de 152 530 \$. Cette recommandation a été examinée et approuvée par le conseil municipal le 19 août 1987. Le même jour, le conseil municipal a également adopté la recommandation du comité des travaux publics de fermer les rues et, le 1^{er} octobre 1987, le conseil a adopté un règlement en ce sens.

Voilà où en étaient les choses lorsque l'appelante a introduit la présente instance. En résumé:

1. Le nouveau zonage avait été approuvé par le comité municipal et par le comité de l'urbanisme et des services communautaires et, finalement, par le conseil municipal lui-même, mais le règlement portant modification du zonage n'avait pas encore été adopté.
2. Les fermetures de rues qui s'imposaient avaient été effectuées.
3. La vente des biens-fonds, composés des terrains occupés par les rues fermées ainsi que d'autres terrains appartenant à la ville, a été approuvée, mais la cession de ces biens-fonds à Tyrone n'avait pas encore eu lieu.

L'appelante a attaqué le processus par voie d'avis de requête introductive d'instance déposé auprès de la Cour du Banc de la Reine. Elle sollicitait une ordonnance annulant la décision du comité municipal, une ordonnance interdisant à la ville de procéder à la troisième lecture du projet de règlement de zonage ainsi qu'une ordonnance annulant le règlement prévoyant la fermeture des rues. Le juge des requêtes a annulé la décision du comité, interdit l'adoption du règlement portant modification du zonage et suspendu la demande d'annulation du règlement prévoyant la fermeture des rues: (1988), 54 Man. R. (2d) 252. En outre, la ville s'est vu interdire d'appliquer ou d'utiliser le règlement de fermeture des rues jusqu'à nouvel ordre de la cour. L'appel interjeté par les intimés devant la Cour d'appel du Manitoba a été accueilli et l'appel incident de l'appelante relativement au règlement prévoyant la fermeture des rues a été rejeté: (1989), 58 Man. R. (2d) 255.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour du Banc de la Reine du Manitoba

Schwartz J. dealt with only two of the grounds argued by the appellant.

Jurisdiction to Proceed Under s. 609(1)

Section 609(1) provides that an application for rezoning shall be made by the owner of the land or a person authorized in writing by the owner. When Tyrone made its application on August 7, 1986, it did not own all of the land for which rezoning was requested.

Schwartz J. did not consider the option granted by the Finance Committee to purchase City-owned land to be legally enforceable. He rejected the City's contention that the option constituted the required authority to comply with s. 609(1). The City could have given the required written authority or could have had the Commissioner for the Environment bring a rezoning application. As to the streets, s. 495(3) of the Act confirms that title to the land on which a street is situated is vested in Her Majesty in right of the Province. Schwartz J. invoked the rule that a municipal corporation must meet strictly the statutory provisions of its enacting authority, citing principally Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed., vol. 1, at p. 379, and *R. ex rel Ellerby v. Winnipeg*, [1930] 1 W.W.R. 914 (Man. C.A.). He concluded that "Tyrone's failure to provide the written authorization of the owners of the city lands and the portions of the streets to its rezoning application is fatal to the validity of the zoning bylaw" (p. 259).

Bias

Schwartz J. then turned to the allegation of bias. He referred to *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512, as authority for the proposition that the "rules of natural justice apply to a rezoning application". He referred to *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369,

Le juge Schwartz n'a examiné que deux des moyens invoqués par l'appelante.

La compétence pour procéder en vertu du par. 609(1)

Le paragraphe 609(1) prévoit qu'une demande de modification de zonage doit être présentée par le propriétaire du bien-fonds visé ou par une personne qui a reçu de ce dernier l'autorisation écrite de le faire. Or, quand Tyrone a fait sa demande le 7 août 1986, elle n'était pas propriétaire de tous les biens-fonds dont elle cherchait à faire modifier le zonage.

Le juge Schwartz a tenu pour légalement non exécutoire l'option d'acheter les biens-fonds appartenant à la ville qu'avait consentie le comité des finances. Il a rejeté l'argument de la ville selon lequel l'option constituait l'autorisation requise pour se conformer au par. 609(1). La ville aurait pu donner l'autorisation écrite requise ou encore faire présenter par le commissaire à l'environnement une demande de modification de zonage. Pour ce qui est des rues, le par. 495(3) de la Loi confirme que c'est Sa Majesté du chef de la province qui détient le titre de propriété des terres occupées par une rue. Citant principalement l'ouvrage de Rogers intitulé *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2^e éd., vol. 1, à la p. 379, et la décision *R. ex rel Ellerby v. Winnipeg*, [1930] 1 W.W.R. 914 (C.A. Man.), le juge Schwartz a invoqué la règle selon laquelle une municipalité est tenue de se conformer rigoureusement aux dispositions de sa loi habilitante. Il a conclu que [TRADUCTION] «l'omission de Tyrone de produire l'autorisation écrite des propriétaires de biens-fonds dans la ville et des parties de rue visés par sa demande de modification de zonage entraîne l'invalidité du règlement de zonage» (p. 259).

La partialité

Le juge Schwartz a ensuite examiné l'allégation de partialité. Il a invoqué l'arrêt *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512, à l'appui du principe voulant que les [TRADUCTION] «règles de justice naturelle s'appliquent à une demande de modification de zonage». Il a mentionné l'arrêt *Committee for*

for the proposition that “the applicant need not prove bias but that a reasonable apprehension of bias is sufficient whether bias exists or not” (p. 260).

He noted that there “is no suggestion that Councillor Savoie did what he did for any reason other than what he believed to be the best interests of his community” and that there “is no suggestion that he had any personal interest in the success of Tyrone’s application other than what he thought was his duty” (p. 260). He concluded (at pp. 260-61):

In these circumstances he ought to have disqualified himself from the role of an impartial arbitrator and declared his interest in the proceedings.

The court does not say that Councillor Savoie did not have the right or duty to assist Tyrone with its application. However, it does say that a councillor may not be both the advocate for and the judge of the application.

Such conduct, if that is what, in the opinion of the Legislature, a councillor should be permitted to do must be specifically authorized by statute.

In the absence of special legislation, the weight of authority is that Councillor Savoie ought not to have been a party to the adjudication.

The community committee recommendation cannot stand and must be quashed.

Court of Appeal for Manitoba

Huband J.A. gave the reasons of the court, O’Sullivan and Lyon J.J.A. concerning.

Bias

Huband J.A. observed that the Councillor’s participation in the initial discussions between the developer and the City was to be commended and encouraged as a normal part of his duties. Persons for or against a development proposal should feel free to discuss it with their Municipal Councillor, and the Councillor should be free to express an initial reaction without running the risk of being disqualified from subsequent participation in the decision-making process.

Justice and Liberty c. Office national de l’énergie, [1978] 1 R.C.S. 369, à l’appui de la proposition suivant laquelle [TRADUCTION] «le requérant n’est pas tenu de prouver l’existence de partialité, une crainte raisonnable de partialité étant suffisante, qu’il y ait ou non partialité en fait» (p. 260).

Le juge Schwartz a fait remarquer que [TRADUCTION] «rien n’indique que les gestes du conseiller Savoie aient été motivés par autre chose que sa conviction qu’il agissait au mieux des intérêts de son secteur» et que [TRADUCTION] «rien ne permet de conclure qu’il avait dans le succès de la demande de Tyrone un autre intérêt personnel que l’accomplissement de ce qu’il concevait comme son devoir» (p. 260). Il est arrivé à la conclusion suivante (aux pp. 260 et 261):

[TRADUCTION] Dans ces circonstances, il aurait dû abandonner le rôle d’arbitre impartial et déclarer l’intérêt qu’il avait dans la procédure.

La cour ne prétend pas que le conseiller Savoie n’avait pas le droit ni l’obligation de prêter son concours à la demande de Tyrone. Elle affirme toutefois qu’un conseiller ne saurait être à la fois partisan et juge d’une demande.

Une telle conduite, à supposer que le législateur soit d’avis qu’elle devrait être permise à un conseiller, doit être expressément autorisée par une loi.

Suivant la prépondérance de la jurisprudence, en l’absence d’une disposition législative spéciale en ce sens, le conseiller Savoie n’aurait pas dû participer à la décision.

La recommandation du comité municipal ne saurait donc être retenue et doit être annulée.

Cour d’appel du Manitoba

Le juge Huband, avec l’appui des juges O’Sullivan et Lyon, a exposé les motifs de la cour.

La partialité

Le juge Huband a fait observer que la participation du conseiller aux discussions initiales entre le promoteur et la ville était louable et à encourager à titre d’aspect normal de ses fonctions. Toute personne appuyant une proposition d’aménagement ou s’y opposant devrait se sentir libre d’en discuter avec son conseiller municipal. De même, celui-ci devrait être libre d’exprimer une première réaction sans courir le risque de se rendre inhabile à participer aux étapes subséquentes du processus décisionnel.

Similarly he decided that there was no impropriety in Councillor Savoie appearing at the Finance Committee meeting to urge that the City make lands available so that a viable development might be considered.

In Huband J.A.'s opinion, Councillor Savoie's support for the sale of the property should not have excluded him from participating in the Community Committee. Councillor Savoie had expressed approval of the development by his participation before the Finance Committee, but the same could be said of Councillors Reese and Ducharme, who voted against the intended sale at Finance Committee. Huband J.A. believed that the Councillor was still capable of having an open mind concerning the merits of the development as a whole and as to the kinds of conditions which should be imposed upon the developer as a precondition to rezoning.

Huband J.A. noted that the scheme of the *City of Winnipeg Act*, contemplates that a member of Council will be called upon to consider a matter at various committee stages leading up to an ultimate vote on City Council itself. The participation of a councillor, either as a voting member or as a delegate, in the deliberations of one committee could not constitute bias so as to preclude participation on other committees or in City Council.

Huband J.A. distinguished *Wiswell, supra*, on the ground that it was based on a denial of the opportunity to be heard due to failure to comply with statutory notice requirements. He cited with approval the decision of the New Brunswick Court of Appeal in *Oley and Moffatt v. Fredericton* (1984), 57 N.B.R. (2d) 361, which in turn relied on *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405 (Ont. Dist. Ct.). That case held that Council can hold preliminary views, but must be able to hear and consider the objections honestly and fairly. Huband J.A. concluded, at p. 264:

Le juge Huband a décidé en outre qu'il n'y a eu rien d'irrégulier à ce que le conseiller Savoie se présente à la réunion du comité des finances pour inciter la ville à rendre des terres disponibles afin que puisse être examiné un projet d'aménagement viable.

De l'avis du juge Huband, l'appui donné par le conseiller Savoie à la vente des biens-fonds n'aurait pas dû l'empêcher de participer aux délibérations du comité municipal. Le conseiller Savoie avait manifesté devant le comité des finances son approbation du projet d'aménagement, mais son cas n'était pas différent de celui des conseillers Reese et Ducharme qui, eux, avaient voté contre le projet de vente lors de la réunion de ce comité. D'après le juge Huband, le conseiller Savoie pouvait encore faire preuve d'ouverture d'esprit concernant le bien-fondé du projet d'aménagement dans son ensemble et les types de conditions à imposer au promoteur préalablement à la modification du zonage.

Le juge Huband a fait remarquer que la *City of Winnipeg Act*, prévoit qu'un membre du conseil sera appelé à examiner une question donnée dans le cadre des travaux de différents comités avant le vote final du conseil municipal lui-même. La participation d'un conseiller, soit en tant que membre ayant droit de vote soit en qualité de délégué, aux délibérations d'un comité ne pourrait constituer une preuve de partialité le rendant inhabile à prendre part aux délibérations d'autres comités ou du conseil municipal.

Le juge Huband a fait une distinction d'avec l'arrêt *Wiswell*, précité, disant que celui-ci était fondé sur la privation de la possibilité de se faire entendre résultant de l'omission de donner l'avis prévu par la loi. Il a cité, en l'approuvant, l'arrêt *Oley and Moffatt v. Fredericton* (1984), 57 R.N.-B. (2^e) 361, dans lequel la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick s'est appuyée sur la décision *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405 (C. dist. Ont.), où il a été décidé qu'un conseil peut former des opinions préliminaires, mais qu'il doit être capable d'entendre et de considérer honnêtement et équitablement les objections. Le juge Huband a conclu, à la p. 264:

The learned trial judge specifically found that Councillor Savoie acted in what he believed to be "the best interests of his community". Whether the electors of Old St. Boniface share in his opinion of the public weal is a question that can be answered by them at the next election. But it is not for the courts to prevent Councillor Savoie from taking an open leadership role, for that is his function as an elected representative responsible for the growth and development of the urban area. It is also his duty, of course, to be receptive to persuasion from those who hold contrary views when he subsequently considers and votes upon issues within committees and on Council itself. There is nothing in the record to suggest that Councillor Savoie functioned beyond the parameters of these lawful expectations.

Jurisdiction to Proceed Under s. 609(1)

Huband J.A. rejected the submission that the City did not own the title to the streets and therefore could not rezone the land or authorize Tyrone to apply for rezoning. Under the Act, the Province holds title to the streets, but the City has possession and control of the streets, including the right to close, sell or lease streets. The City, therefore, is equitable owner of the streets and the Province is a bare trustee. Huband J.A. concluded that there is no reason to involve the Province in a rezoning application involving City streets and that the City had the necessary authority to zone its lands subject to the requirement to act fairly and to give notice and an opportunity to be heard.

Huband J.A. noted that when Tyrone made the rezoning application, it did not have written authority to do so with respect to the City lands. Such authority was given, in Huband J.A.'s view, with the letter of September 17. This authorization came well before the rezoning application was first considered by the Community Committee. In these circumstances, Huband J.A. held that the recommendations of the Community Committee, and the action of City Council itself in ratifying the recom-

[TRADUCTION] Le juge de première instance a expressément conclu que le conseiller Savoie croyait agir «au mieux des intérêts de son secteur». Quant à savoir si les électeurs du Vieux St-Boniface partagent sa conception du bien public, voilà une question à laquelle ces derniers pourront répondre à la prochaine élection. Il n'appartient toutefois pas aux tribunaux d'empêcher le conseiller Savoie d'assumer ouvertement un rôle de meneur, car c'est là sa fonction en tant que représentant élu, responsable de la croissance et de l'aménagement du secteur urbain. Il lui incombe en outre, évidemment, de prêter une oreille attentive aux arguments des tenants de points de vue contraires au sien lorsque, par la suite, il se penche et vote sur certaines questions en comité ou même en conseil. Rien au dossier n'indique que le conseiller Savoie n'a pas respecté ces attentes légitimes.

La compétence pour procéder en vertu du par. 609(1)

Le juge Huband a rejeté le moyen selon lequel la ville n'avait pas la propriété des rues en cause et ne pouvait en conséquence modifier le zonage des biens-fonds qu'elles occupaient ni autoriser Tyrone à demander la modification du zonage. Aux termes de la Loi, la province détient le titre de propriété des rues, mais c'est la ville qui en a la possession et le contrôle, ce qui comprend le droit de les fermer, de les vendre ou de les céder à bail. Il s'ensuit donc que la ville est propriétaire en *equity* des rues et que la province n'a à leur égard que la qualité de simple fiduciaire. Le juge Huband a conclu qu'il n'y a aucune raison de mêler la province à une demande de modification de zonage portant sur des rues de la ville et que cette dernière est investie des pouvoirs nécessaires pour procéder au zonage de ses biens-fonds, sous réserve de l'obligation d'agir équitablement, de donner avis et d'accorder aux intéressés la possibilité de se faire entendre.

Le juge Huband a fait observer que, quand Tyrone a présenté la demande de modification de zonage, elle n'avait pas reçu l'autorisation écrite de le faire à l'égard des biens-fonds de la ville. Selon le juge Huband, cette autorisation a été accordée dans la lettre du 17 septembre, soit bien avant que le comité municipal ne se penche pour la première fois sur la demande de modification de zonage. Dans ces circonstances, le juge Huband a décidé que le vice de forme que représentait l'omission

mendations, were not to be set aside on the technicality of non-authorization prior to September 17, 1986. In any event, the provisions of s. 609 were directory and not mandatory.

Plan Winnipeg

Section 599 of the Act provides that in exercising zoning authority the Council shall conform with Plan Winnipeg and the relevant Community Plan and Action Area Plan. Plan Winnipeg shows part of the lands in question as “older residential neighbourhood” and part as “regional park”. The Action Area Plan shows the area as “future residential”.

Huband J.A. rejected the contention that the rezoning by-law was void because it did not conform to Plan Winnipeg. He noted that Plan Winnipeg is a broad statement of planning policies and objectives. It was some five years between first and final reading. It consists of some 33 pages of text and a City map. It contains policy statements that “the City shall encourage, whenever possible, private sector investment in appropriate development in older residential neighbourhoods” and that the City shall endeavour to develop linear parks along the rivers. While compliance with a document such as Plan Winnipeg is difficult to determine, Huband J.A. was inclined to the view that the zoning application complied.

He added, however, that he did not think that the question was one intended to be answered by a court of law. The Act specifies that the “designated commissioner”, together with the appropriate committee of Council, shall adjudicate whether a proposed zoning by-law conforms to the official plan. It was apparent in the case at bar that the

d'accorder l'autorisation antérieurement au 17 septembre 1986 ne devait pas entraîner le rejet des recommandations du comité municipal ni l'annulation de la ratification des recommandations faites par le conseil municipal lui-même. En tout état de cause, les dispositions de l'art. 609 sont de simples directives sans caractère obligatoire.

Le plan de la ville de Winnipeg

Suivant l'art. 599 de la Loi, le conseil doit, en exerçant son pouvoir en matière de zonage, se conformer au plan de la ville de Winnipeg ainsi qu'au plan de secteur et au plan d'action de secteur applicables. Sur le plan de la ville de Winnipeg, une partie des biens-fonds en cause forment un [TRADUCTION] «vieux quartier résidentiel» et une autre partie un [TRADUCTION] «parc régional». Ces mêmes biens-fonds figurent sur le plan d'action de secteur à titre de [TRADUCTION] «futur quartier résidentiel».

Le juge Huband a repoussé l'argument selon lequel le règlement portant modification du zonage était entaché de nullité pour cause de non-conformité avec le plan de la ville de Winnipeg. Il a fait remarquer que le plan de la ville de Winnipeg constitue un énoncé général de politiques et d'objectifs en matière d'urbanisme. Entre son adoption en première et en dernière lecture, environ cinq années se sont écoulées. Ce plan comprend un texte d'environ 33 pages et une carte de la ville. Il énonce comme politique que [TRADUCTION] «la ville doit, autant que possible, encourager le secteur privé à investir dans l'aménagement approprié de vieux quartiers résidentiels» et que la ville doit essayer d'aménager des parcs linéaires le long des rivières. Malgré la difficulté qu'il y a à déterminer si l'on s'est conformé à un document comme le plan de la ville de Winnipeg, le juge Huband était enclin à penser que la demande de modification de zonage y était conforme.

Il a ajouté toutefois qu'il ne croyait pas qu'on ait voulu que pareille question soit tranchée par une cour de justice. La Loi précise que c'est au [TRADUCTION] «commissaire désigné», avec le concours du comité compétent du conseil, de décider si un projet de règlement de zonage est conforme au plan officiel. Il est évident en l'espèce que, de l'avis

commissioner was of the view that the proposed rezoning did comply.

Legislation

City of Winnipeg Act

1 ...

(p. 2) "designated committee" means a committee designated by the council to carry out a specific responsibility but does not apply to a community committee.

Establishment of communities.

20 (1) The following communities are established in the city, for each of which there shall be a community committee of council, comprising the councillors who represent a ward within the community, and the number of wards are established for each community as follows:

Communities	Number of wards
(e) St. Boniface–St. Vital	4 wards

Application for zoning by-law.

609 (1) An application for the enactment of a zoning by-law shall be made by the owner of the land, building or structure or by a person authorized in writing by him, and shall be in such form, and accompanied by such supporting material and the payment of such fee as the council deems advisable.

Referral of application or recommendation.

609 (2) When an application in the required form and with the required supporting material is received by the city, or when the designated commissioner has recommended the enactment of a zoning by-law by the city, the designated commissioner shall refer the application or recommendation to the community committee for the community in which the land referred to in the application is located if the land is in the city, and to the council of the municipality if it is located in the additional zone, and public notice shall be given,

- (a) that on a day and at a time and place stated in the notice, a meeting will be held to receive representations from any person who wishes to make them in respect of the proposed zoning changes; and
- (b) stating that a copy of the application and supporting material and a statement of the proposed zoning changes may be inspected at times and in a place or places specified in the notice.

du commissaire, le projet de modification du zonage s'y conformait.

Les textes législatifs

a City of Winnipeg Act

[TRADUCTION]

(1) ...

(p. 2) «comité désigné» signifie le comité désigné par le conseil pour s'acquitter d'une tâche particulière, mais ne comprend pas un comité municipal.

Création de secteurs.

20 (1) Sont créés dans les limites de la ville les secteurs énumérés ci-après. Pour chaque secteur, il y a au sein du conseil un comité municipal composé des conseillers représentant un quartier situé à l'intérieur du secteur. Les secteurs comptent le nombre suivant de quartiers:

Secteurs	Nombre de quartiers
e) St-Boniface–St-Vital	4 quartiers

Demande de règlement de zonage.

609 (1) Une demande d'adoption de règlement de zonage est présentée par le propriétaire du bien-fonds, de l'édifice ou de la structure, ou par une personne qui en a reçu l'autorisation écrite de ce dernier. La demande revêt la forme et est accompagnée des documents justificatifs et du paiement des droits que le conseil juge indiqués.

Renvoi de la demande ou de la recommandation.

609 (2) Sur réception par la ville d'une demande sous la forme prescrite, accompagnée des documents justificatifs requis, ou lorsque le commissaire désigné a recommandé à la ville l'adoption d'un règlement de zonage, ledit commissaire renvoie la demande ou la recommandation au comité municipal du secteur où se trouve le bien-fonds visé dans la demande, si le bien-fonds est situé dans les limites de la ville, et au conseil de la municipalité s'il est situé dans la zone additionnelle. De plus, un avis public est donné

- a) fixant la date, l'heure et le lieu d'une réunion lors de laquelle quiconque le désire pourra présenter ses observations sur les modifications de zonage proposées; et
- b) indiquant les heures et le lieu où pourront être examinés une copie de la demande et des documents produits à son appui ainsi qu'un énoncé des modifications de zonage proposées.

Meeting to hear representations.

610 (1) On the day and at the time and place stated in the notice referred to in section 609, a meeting shall be held to receive representations from any person who wishes to make them in respect of the application or the alternative zoning changes.

Record of meeting to be kept.

611 (1) The community committee shall cause to be made a record of the meeting referred to in section 610 by any means the council considers appropriate.

Report of community committee to be prepared.

612 (1) A report summarizing the representations and submissions made at the meeting and stating the community committee's recommendations with supporting reasons shall be prepared and forwarded by the committee clerk within thirty days following the completion of the meeting.

Report to be forwarded to designated committee.

612 (2) The community committee's report shall be forwarded within thirty days following the meeting to the designated committee and made available for inspection by any person who appeared at the meeting.

Forwarding of report.

614 (1) After it receives the report of the community committee, or after the community committee is deemed to have made a report under subsection 612(3), the designated committee shall consider the report of the community committee and shall

- (a) forward the report with the designated committee's recommendation thereon to council;
- (b) forward a copy of the report with the designated committee's recommendations thereon by mail to all persons who submitted oral or written representations to or at the meeting referred to in subsection 610(1), which recommendations shall include the reasons for recommendations, if any, differing from those of the community committee;
- (c) where a written representation was received at the meeting held by the community committee by mail or other means, without the appearance of the person making the written representation, mail a copy of the report to any single address set out thereon for the receipt of the report, if any, or to any single address given upon the filing of the representation, or in the absence of any single

Réunion pour l'audition des observations.

610 (1) À la date, à l'heure et à l'endroit prévus dans l'avis visé à l'article 609 se tient une réunion lors de laquelle quiconque le désire peut présenter ses observations sur la demande ou sur les autres propositions de modification du zonage.

Procès-verbal de la réunion.

611 (1) Le comité municipal veille à ce que soit dressé, par tout moyen que le conseil juge indiqué, un procès-verbal de la réunion visée à l'article 610.

Rapport du comité municipal.

612 (1) Dans les trente jours qui suivent la réunion, le secrétaire du comité dresse et envoie un rapport résumant les observations et les arguments présentés lors de la réunion et exposant les recommandations du comité municipal ainsi que les motifs sur lesquels elles sont fondées.

Envoi du rapport au comité désigné.

612 (2) Dans les trente jours qui suivent la réunion, le rapport du comité municipal est envoyé au comité désigné et peut être consulté par toute personne qui a participé à la réunion.

Diffusion du rapport.

614 (1) Sur réception du rapport du comité municipal, ou dès que ce dernier est réputé avoir fait rapport aux termes du paragraphe 612(3), le comité désigné étudie ce rapport et

- a) y ayant joint sa recommandation, le fait tenir au conseil;
- b) en fait tenir par la poste, à toutes les personnes qui ont présenté des observations orales ou écrites dans le cadre de la réunion visée au paragraphe 610(1), une copie accompagnée de ses recommandations, les recommandations, s'il en est, qui diffèrent de celles du comité municipal devant être motivées;
- c) lorsque des observations écrites reçues à la réunion du comité municipal ont été envoyées par la poste ou de quelque autre manière, sans que leur auteur ne se présente à cette réunion, il envoie une copie du rapport par la poste à l'adresse, s'il en est, indiquée à cette fin dans lesdites observations, ou à l'adresse indiquée lors du dépôt des observations, ou, si plusieurs adresses y figurent, à au moins une

address to any one or more of the addresses set out thereon, and in the absence of any legible address, no report need be forwarded by mail or otherwise under this clause; and

- (d) forward with the copies of the report forwarded or mailed under clause (b) or (c), notice of the date, time and place when and where the matter is expected to be considered by council under subsection 615(4).

Reports and recommendations to executive policy committee.

615 (1.1) Notwithstanding subsection 614(1), council may direct that all reports and recommendations referred to in that subsection be referred to the executive policy committee to be dealt with in accordance with subsections 615(3) and 615(3.1).

Recommendations to council.

615 (3) Where council has made a direction under subsection 615(1.1), the executive policy committee shall

- (a) consider the report of the community committee, or, if the land affected is in the additional zone, the report of the council of the municipality and the designated committee's recommendations or report; and
- (b) forward its recommendations thereon to the council.

Disposition by council.

615 (4) Subject to section 616, the council shall consider the recommendation of the designated committee made under subsection 615(1) or of the executive policy committee made under subsection 615(3) and may

- (a) accept, reject or modify the recommendation and may pass one or more zoning by-laws with respect thereto; or
- (b) forward the proposed zoning change to The Municipal Board for its report and recommendations; or
- (c) refer the recommendation to a committee for a further meeting or consideration upon such terms as the council shall establish.

The Issues

The issues in this appeal are as follows:

de celles-ci et, en l'absence d'une adresse lisible, le présent alinéa n'impose aucune obligation d'envoyer le rapport, que ce soit par la poste ou autrement; et

- d) joint aux copies du rapport envoyées conformément aux alinéas b) ou c) avis de la date, de l'heure et du lieu où la question sera vraisemblablement examinée par le conseil en conformité avec le paragraphe 615(4).

Rapports et recommandations au comité exécutif.

615 (1.1) Par dérogation au paragraphe 614(1), le conseil peut ordonner que tous les rapports et toutes les recommandations y visés soient renvoyés au comité exécutif pour qu'il les examine conformément aux paragraphes 615(3) et 615(3.1).

d) Recommandations au conseil.

615 (3) Lorsque le conseil a donné l'ordre visé au paragraphe 615(1.1), le comité exécutif

- a) examine le rapport du comité municipal ou, si le bien-fonds en question est situé dans la zone additionnelle, le rapport du conseil de la municipalité ainsi que les recommandations ou le rapport du comité désigné; et
- b) fait tenir au conseil ses recommandations y relatives.

Décision du conseil.

615 (4) Sous réserve de l'article 616, le conseil examine la recommandation faite par le comité désigné en vertu du paragraphe 615(1), ou par le comité exécutif en vertu du paragraphe 615(3), et il peut

- a) accepter, rejeter ou modifier la recommandation et y donner suite en adoptant un seul ou plusieurs règlements de zonage; ou
- b) soumettre à la Commission municipale le projet de modification de zonage pour qu'elle établisse un rapport et fasse des recommandations; ou
- c) renvoyer la recommandation à un comité pour qu'il tienne une nouvelle réunion ou qu'il l'examine à la lumière de critères établis par le conseil.

Les questions en litige

Les questions en litige dans le présent pourvoi sont les suivantes:

1. Bias: Was Councillor Savoie disqualified by bias from participating in the proceedings of the Community Committee?

2. Ownership: Did the application for zoning comply with s. 609(1) of the Act?

3. Plan Winnipeg: Did the zoning by-law fail to conform to Plan Winnipeg?

4. Bad Faith and Expectation of Consultation: Did the Community Committee act in bad faith or in violation of a reasonable expectation of consultation?

1. *Bias*

Natural Justice: Application to Local Government Bodies

The rules which require a tribunal to maintain an open mind and to be free of bias, actual or perceived, are part of the *audi alteram partem* principle which applies to decision-makers. The appellant contends that it applies in its full vigour to members of a municipal council when deciding whether to vote in favour of a by-law which in this case involves zoning. It relies, principally, on *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg, supra*, in support of this proposition.

In that case, Wiswell and the Crescentwood Homeowners Association sought a declaration that an amending zoning by-law passed by Metro Council was invalid. Municipal resolutions prescribing procedures for amendments required notices of hearings to be published in two newspapers and on the premises which were the subject matter of the amendment. No notices were posted on the premises. The Homeowners Association, which consistently opposed attempts to zone the area beyond single family residence density, acquired no knowledge of the hearing and never had the opportunity to make representations. Written notice was sent to the applicants for rezoning, but not to the Homeowners Association,

1. La partialité: Le conseiller Savoie était-il inhabile pour cause de partialité à participer aux délibérations du comité municipal?

2. La propriété: La demande de modification du zonage était-elle conforme au par. 609(1) de la Loi?

3. Le plan de la ville de Winnipeg: Le règlement de zonage dérogeait-il au plan de la ville de Winnipeg?

4. La mauvaise foi et l'expectative de consultation: Le comité municipal a-t-il agi de mauvaise foi ou sans respecter une expectative raisonnable de consultation?

1. *La partialité*

Justice naturelle: application aux organismes gouvernementaux locaux

Les règles exigeant qu'un tribunal administratif fasse preuve d'ouverture d'esprit et qu'il soit, en fait et en apparence, exempt de partialité font partie du principe *audi alteram partem* auquel est assujetti tout décideur. L'appelante soutient que ce principe s'applique dans toute sa rigueur aux membres d'un conseil municipal lorsqu'ils ont à décider s'il y a lieu de voter en faveur d'un règlement, qui, en l'espèce, se rapporte au zonage. Au soutien de cet argument, elle invoque principalement l'arrêt *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, précité.

Dans cette affaire, Wiswell et la Crescentwood Homeowners Association (ci-après «l'association des propriétaires») demandaient un jugement déclarant invalide un règlement portant modification du zonage, adopté par le conseil municipal en cause. Les résolutions municipales établissant la procédure de modification exigeaient que des avis d'audition soit publiés dans deux journaux et affichés dans les lieux visés par la modification. Aucun avis n'a été affiché dans les lieux. L'association des propriétaires, qui s'était systématiquement opposée aux tentatives de faire attribuer au secteur en question un zonage permettant une densité plus élevée que celle d'habitations unifamiliales, n'a pas eu connaissance de la tenue de l'audition et n'a jamais eu la possibilité de faire valoir son point de vue. Un avis écrit a été envoyé

although the latter's opposition was known to Metro Council.

The majority judgment determined that the by-law was invalid by reason of the absence of notice which deprived the appellants of the opportunity to be heard. In coming to this conclusion Hall J., speaking for the majority, characterized the proceeding as quasi-judicial rather than legislative. The consequence was that Metro Council was bound in law to act fairly and impartially, in good faith, listening to both sides. The case did not deal with the issue of bias or pre-judgment which is squarely raised in these appeals. Nevertheless, the appellant argues that the proceedings before the Community Committee were quasi-judicial in nature and that conduct of members of Council must not give rise to a reasonable apprehension of bias. It is therefore necessary to consider whether *Wiswell* supports this conclusion.

Wiswell must be read in light of comparatively recent changes that have occurred in applying the rules of natural justice. The content of the rules of natural justice and procedural fairness were formerly determined according to the classification of the functions of the tribunal or other public body or official. This is no longer the case and the content of these rules is based on a number of factors including the terms of the statute pursuant to which the body operates, the nature of the particular function of which it is seized and the type of decision it is called upon to make. This change in approach was summarized in *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1989] 2 S.C.R. 879. I stated (at pp. 895-96):

Both the rules of natural justice and the duty of fairness are variable standards. Their content will depend on the circumstances of the case, the statutory provisions and the nature of the matter to be decided. The distinction between them therefore becomes blurred as one approaches the lower end of the scale of judicial or quasi-judicial tribunals and the high end of the scale with

aux auteurs de la demande de modification de zonage, mais non à l'association des propriétaires, quoique le conseil municipal fût au courant de l'opposition de celle-ci.

^a La Cour à la majorité a conclu à l'invalidité du règlement en raison de l'omission de donner avis aux appelants, omission qui les avait privés de la possibilité se faire entendre. En arrivant à cette conclusion, le juge Hall, s'exprimant au nom de la majorité, a qualifié la procédure de quasi judiciaire plutôt que de législative. D'où il s'ensuivait que le conseil municipal était juridiquement tenu d'agir de façon équitable et impartiale et de bonne foi, en écoutant les deux points de vue. La question de la partialité ou du préjugé, directement soulevée dans les présents pourvois, n'a pas été abordée dans cet arrêt. L'appelante en l'espèce allègue néanmoins le caractère quasi judiciaire des procédures devant le comité municipal et soutient que la conduite de membres du conseil ne doit faire naître aucune crainte raisonnable de partialité. Il nous faut en conséquence examiner si l'arrêt *Wiswell* justifie cette conclusion.

L'arrêt *Wiswell* doit être interprété à la lumière de changements relativement récents apportés à l'application des règles de justice naturelle. Le contenu des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale était autrefois déterminé en fonction de la classification des tâches du tribunal administratif ou d'un autre organisme ou fonctionnaire publics. Ce n'est plus le cas et le contenu de ces règles dépend désormais de plusieurs facteurs, dont les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question, la nature de la tâche particulière qu'il a à remplir et le type de décision qu'il est appelé à rendre. Ce changement d'approche se trouve résumé dans l'arrêt *Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1989] 2 R.C.S. 879, où j'affirme (aux pp. 895 et 896):

Aussi bien les règles de justice naturelle que l'obligation d'agir équitablement sont des normes variables. Leur contenu dépend des circonstances de l'affaire, des dispositions législatives en cause et de la nature de la question à trancher. La distinction entre elles s'estompe donc lorsqu'on approche du bas de l'échelle dans le cas de tribunaux judiciaires ou quasi judiciaires et du haut de

respect to administrative or executive tribunals. Accordingly, the content of the rules to be followed by a tribunal is now not determined by attempting to classify them as judicial, quasi-judicial, administrative or executive. Instead, the court decides the content of these rules by reference to all the circumstances under which the tribunal operates. [Emphasis added.]

It is therefore necessary to examine all the factors under which a committee of Council operates. I start with the most significant fact that the statute provides for a hearing before a committee of members of Council. There is nothing in the legislation to indicate that they are to act in a capacity other than that of municipal councillors. In this regard I must assume that the Legislature was aware that in this capacity the members of Council will have fought an election in which the matter upon which they are called upon to decide may have been debated and on which the would-be councillors may have taken a stand some pro and some con. Indeed, the election of a particular councillor may have depended on the position taken. Furthermore, with respect to the enactment of zoning by-laws and amendments to zoning by-laws, it is well known that numerous committees are involved at which members of Council are expected to vote before being called upon to hear representations and decide the question. Moreover, in the preparation and processing of a development, a municipal councillor is often involved in assisting parties supporting and opposing the development with respect to their presentations. In the course of this process, a councillor can and often does take a stand either for or against the development. This degree of prejudgment would run afoul of the ordinary rule which disqualifies a decision-maker on the basis of a reasonable apprehension of bias. Accordingly, it could not have been intended by the Legislature that this rule apply to members of Council with the same force as in the case of other tribunals whose character and functions more closely resemble those of a court.

l'échelle dans le cas de tribunaux administratifs ou exécutifs. C'est pourquoi on ne détermine plus maintenant le contenu des règles à suivre par un tribunal en essayant de le ranger dans la catégorie de tribunal judiciaire, quasi judiciaire, administratif ou exécutif. Au contraire, on décide du contenu de ces règles en tenant compte de toutes les circonstances dans lesquelles fonctionne le tribunal en question. [Je souligne.]

b Il est donc nécessaire d'examiner tous les facteurs qui jouent dans le fonctionnement d'un conseil municipal. Je commence par le fait extrêmement important que la Loi prévoit une audition devant un comité composé de membres du conseil. *c* Il n'y a rien dans la Loi qui indique que ces derniers doivent agir dans une qualité autre que celle de conseillers municipaux. Je dois supposer à cet égard que le législateur savait qu'en cette *d* qualité les membres du conseil auront mené une campagne électorale au cours de laquelle aura pu être débattue la question qu'ils ont à trancher, question sur laquelle les candidats au poste de conseiller auront pris position, certains pour et *e* d'autres contre. En fait, l'élection d'un conseiller donné peut avoir tenu à la position qu'il a adoptée. De plus, en ce qui concerne l'adoption et la modification de règlements de zonage, il est de notoriété que de nombreux comités interviennent dans le *f* processus et que des membres du conseil ont à voter dans le cadre des travaux de ces comités avant d'entendre des présentations et de trancher la question. En outre, aux stades de la préparation et de l'étude d'un projet d'aménagement, il arrive *g* souvent qu'un conseiller municipal fasse bénéficier les personnes qui sont en faveur du projet, et celles qui s'y opposent, de son aide aux fins de la présentation de leur point de vue. Or, il se peut, et cela se *h* produit souvent, qu'au cours de ce processus un conseiller prenne position pour ou contre l'aménagement proposé. Ce serait là préjuger l'affaire d'une manière qui violerait la règle normale prescrivant l'inhabilité d'un décideur en raison d'une *i* crainte raisonnable de partialité. Cela étant, le législateur n'a pas pu vouloir que cette règle s'applique aux membres d'un conseil municipal avec autant de force que dans le cas d'autres tribunaux *j* administratifs qui, de par leur caractère et leurs fonctions, ressemblent davantage à un tribunal judiciaire.

The nature and functions of a municipal body and their influence on the rules of natural justice have been examined in a number of cases which I have found of assistance.

In *Re Cadillac Development Corp. Ltd. and City of Toronto* (1973), 1 O.R. (2d) 20, the Council was called upon to consider the repeal of a land-use by-law. A majority of Council had already made up their minds and had said so. In dismissing an application to quash the by-law on this ground, Henry J. stated, at p. 43:

In respect of a *quasi*-judicial tribunal in the fullest sense of that concept required to adhere to principles of natural justice this would amount to an allegation of bias such as might be ground for quashing the decision. But regard must be had to the nature of the body reviewing the matter. A municipal council is an elected body having a legislative function within a limited and delegated jurisdiction. Under the democratic process the elected representatives are expected to form views as to matters of public policy affecting the municipality. Indeed, they will have been elected in order to give effect to public views as to important policies to be effected in the community . . . They are not Judges, but legislators from whom the ultimate recourse is to the electorate. Once having given notice and fairly heard the objections, the Council is of course free to decide as it sees fit in the public interest.

Henry J. had further occasion to elaborate on the subject in *Re McGill and City of Brantford*, *supra*. It involved a motion to quash a by-law to close certain city streets on the grounds of bias. At the hearing, objectors took the position that the Council had already committed itself to the street closing and that it was therefore unlikely that it could act impartially and in a judicial manner.

After describing the legislative and political nature of a municipal council's function, Henry J. stated, at p. 411:

On this process, which is simply our concept of democracy in action, is imposed the requirement to hold

La nature et les fonctions d'un corps municipal ainsi que la façon dont elles influent sur les règles de justice naturelle ont fait l'objet d'un examen dans un certain nombre de décisions que j'estime

^a utiles.

Dans l'affaire *Re Cadillac Development Corp. Ltd. and City of Toronto* (1973), 1 O.R. (2d) 20, le conseil avait à étudier l'opportunité d'abroger un règlement en matière d'utilisation du sol. La majorité des membres du conseil avaient déjà pris parti et l'avaient signalé. En rejetant une demande d'annulation du règlement pour ce motif, le juge Henry a dit, à la p. 43:

[TRADUCTION] Dans le cas d'un tribunal *quasi* judiciaire tenu, dans toute la force du concept, au respect des principes de justice naturelle, cela constituerait une allégation de partialité pouvant justifier l'annulation de la décision. On doit toutefois tenir compte de la nature de l'organisme chargé d'examiner la question. Un conseil municipal est un corps élu qui exerce une fonction législative à l'intérieur d'un champ de compétence limitée et déléguée. Selon le processus démocratique, on s'attend à ce que les représentants élus forment des opinions sur des questions d'intérêt public touchant la municipalité. En fait, ils auront été élus pour donner suite aux opinions exprimées par le public sur des politiques importantes à mettre en œuvre au sein de la collectivité. [. . .] Ce ne sont pas des juges mais bien des législateurs qui, en dernière analyse, rendent compte aux électeurs. Ayant donné avis et entendu équitablement les objections, le conseil est évidemment libre de prendre la décision qui lui semble indiquée dans l'intérêt public.

L'affaire *Re McGill and City of Brantford*, précitée, a fourni au juge Henry une nouvelle occasion de s'étendre sur ce sujet. Il s'agissait d'une requête en annulation, pour cause de partialité, d'un règlement prévoyant la fermeture de certaines rues de la ville. À l'audition, la position des opposants a été que le conseil s'était déjà engagé à fermer les rues et qu'il était en conséquence peu probable qu'il puisse agir avec impartialité et de façon judiciaire.

Après avoir décrit la nature législative et politique du rôle d'un conseil municipal, le juge Henry a affirmé, à la p. 411:

[TRADUCTION] Ce processus, qui n'est rien d'autre que la manifestation concrète de notre conception de la

a hearing before roads are closed. What then is the character of such a hearing? Its purpose is to ensure that the Council, before exercising its power to enact a law closing specific roads, must provide a forum in which those whose private rights are adversely affected may assert their objections. It fortifies by law the right every ratepayer has to write to his alderman, organize and address a meeting or conduct a peaceable demonstration. By statute, he is to be *heard*, and that by the whole Council, who must provide the opportunity to do so.

In his view it was only when Council had made an irrevocable decision on the matter that a disqualifying bias was made out. He continued, at p. 416:

So if it could be shown, the onus being on the objectors to do so, that the Council before the hearing had irrevocably decided to pass the by-law to close the roads, that would reflect disabling bias. No hearing in the true sense of that concept was or could be held. As such a hearing is a condition precedent, its absence would be fatal to the exercise of the legislative power.

Oley and Moffatt v. Fredericton, supra, a case in the New Brunswick Court of Appeal, applied the test in *Re McGill, supra*. The court was concerned with s. 68 of the Community Planning Act, R.S.N.B. 1973, c. C-12, which required City Council to hear and consider the objections to a proposed by-law. The Council passed a by-law amending land use designations to permit the installation of a sewage lagoon. The by-law was attacked on the ground that members of Council had made statements committing themselves to the project and on the further ground that Council had entered into an agreement with the province in respect of financing the project.

Stratton C.J.N.B. summed up as follows, at p. 380:

In such circumstances, I would adopt the statement of Henry, J., in *McGill v. Corporation of the City of Brantford* (1980), 12 M.P.L.R. 24, at p. 35:

démocratie, est assujéti à l'exigence de la tenue d'une audition antérieurement à la fermeture des rues. Quelle est donc la nature de cette audition? Elle vise à empêcher le conseil d'exercer son pouvoir de légiférer pour fermer certaines rues sans qu'il n'ait au préalable donné aux personnes qui en subiront une atteinte à leurs droits privés l'occasion d'exprimer leurs objections. Elle vient renforcer juridiquement le droit de tout contribuable d'écrire à son conseiller municipal, d'organiser une réunion et d'y prendre la parole, ou de procéder à une manifestation pacifique. Aux termes de la loi, le contribuable doit être *entendu*, et ce, par le conseil au complet, auquel il incombe de lui en accorder la possibilité.

Selon lui, il n'y a partialité entraînant l'inhabilité que lorsque le conseil a pris irrévocablement parti sur la question. Il ajoute, à la p. 416:

[TRADUCTION] Donc, s'il était possible de démontrer, et c'est aux opposants qu'il incombe de le faire, qu'antérieurement à l'audition le conseil avait décidé irrévocablement d'adopter le règlement prévoyant la fermeture des rues, cela établirait une partialité entraînant l'inhabilité. Dans ces circonstances, il n'a pu, ni ne pouvait, y avoir d'audition dans le vrai sens du terme. Comme la tenue d'une telle audition est une condition préalable, le défaut de la tenir s'avérerait fatal à l'exercice du pouvoir législatif.

Dans l'affaire *Oley and Moffatt v. Fredericton*, précitée, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a appliqué le critère énoncé dans la décision *Re McGill*, précitée. La cour avait à se pencher sur l'art. 68 de la *Loi sur l'urbanisme*, L.R.N.-B. 1973, ch. C-12, qui imposait au conseil municipal l'obligation d'entendre et d'examiner les objections soulevées à l'encontre d'un projet de règlement municipal. Le conseil a adopté un règlement portant modification de l'affectation du sol de manière à permettre l'aménagement d'un bassin de stabilisation des eaux usées. On a attaqué ce règlement pour le motif que des membres du conseil avait fait des déclarations dans lesquelles ils s'engageaient à approuver le projet et pour le motif que le conseil avait conclu avec la province une entente relativement au financement du projet.

Le juge en chef Stratton a fait le résumé suivant, à la p. 380:

Dans ces circonstances, je suis porté à suivre la déclaration du juge Henry, dans l'arrêt *McGill v. Corporation of the City of Brantford* (1980), 12 M.P.L.R. 24, à la p. 35:

“It must be assumed that the Legislature knew the functions, and the mode of developing such a project from its inception to the advanced stages, and nonetheless designated the council as the body to hold the hearing. In these circumstances all that can be required of the council is to put aside their tentative views individually and collectively, hear the objections, consider them honestly and fairly, see if they can be accommodated and then make the final decision. No more and no less can be expected of them.”

As I read s. 68 of the **Community Planning Act** it requires a municipal council to honestly and fairly hear and consider any objections to land use change even though individual councillors may previously have expressed opinions on the matter. In the present case, there is no convincing evidence either that the council did not honestly consider the objections of the citizens opposed to the enactment of Bylaw 813 or that it had made an irrevocable decision to approve the Bylaw before hearing the objectors.

The role of a municipal councillor is quite different from that of the Chairman of the National Energy Board which was considered in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board, supra*. In that case, a majority of our Court concluded that the Chairman of the Board was disqualified from presiding over an application for a certificate of public convenience and necessity in connection with the Mackenzie Valley Pipeline pursuant to s. 44 of the *National Energy Board Act*, R.S.C. 1970, c. N-6, by reason of his participation in the work of a Study Group made up of parties interested in the project. Laskin C.J. on behalf of the majority stressed that the Chairman had participated in discussions material to the s. 44 application with members of the group which included the applicant for the licence. In this capacity he had assisted in the preparation of the s. 44 application. Moreover, the Crown Corporation of which he was the president contributed funds to the Study Group. In short, his relationship with parties to the application had been such that he virtually had a personal interest in the s. 44 application and its outcome which created a reasonable apprehension of bias.

«On doit supposer que le Législateur connaissait les fonctions et le mode de développement d'un projet de ce genre depuis ses débuts jusqu'aux stades avancés, et qu'il a néanmoins choisi le conseil comme organisme chargé de tenir l'audition. Dans ces circonstances, tout ce qu'on peut demander au conseil, c'est qu'il mette de côté ses premières opinions, qu'il écoute les objections, qu'il les étudie honnêtement et impartialement, voie s'il peut les accepter et prenne ensuite la décision finale. On ne peut attendre ni plus ni moins du conseil.»

Selon mon interprétation, l'art. 68 de la **Loi sur l'urbanisme** exige que le conseil municipal entende et examine honnêtement et impartialement les objections au changement dans les usages permis pour les terrains, même si les conseillers ont déjà exprimé des opinions personnelles sur la question. Dans la présente cause, il n'y a pas de preuve convaincante que le conseil n'a pas examiné honnêtement les objections des citoyens opposés à l'adoption de l'arrêté n° 813, ni qu'il a pris la décision irrévocable d'adopter l'arrêté avant d'entendre les opposants.

Le rôle d'un conseiller municipal diffère nettement de celui du président de l'Office national de l'énergie, dont il est question dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, précité. Il s'agit d'une affaire dans laquelle notre Cour à la majorité a conclu qu'en raison de sa participation aux travaux d'un groupe d'étude composé de personnes ayant un intérêt dans le projet, le président de l'Office était inhabile à présider l'audition d'une demande de certificat de commodité et nécessité publiques pour le pipeline dans la vallée du Mackenzie, présentée en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, S.R.C. 1970, ch. N-6. Le juge en chef Laskin a souligné au nom de la majorité que le président avait participé à des discussions se rapportant à la demande fondée sur l'art. 44 avec des membres du groupe dont faisait partie l'auteur de la demande de permis. À ce titre, le président avait aidé à préparer la demande fondée sur l'art. 44. De plus, la société d'État dont il était président avait versé des fonds au groupe d'étude. Bref, ses rapports avec des parties à la demande avaient été de nature à lui conférer pratiquement un intérêt personnel dans la demande fondée sur l'art. 44 et dans le sort de celle-ci, ce qui faisait naître une crainte raisonnable de partialité.

The members of the National Energy Board do not have political or legislative duties. Prejudgment of issues is not inherent in the nature of their extra-adjudicative functions. While it was argued that the Chairman was required to deal, in the course of his duties, with matters of supply and the requirements for natural gas and that these matters would have some relevance to the s. 44 application, Laskin C.J. discounted them as merely preparing the Chairman for the main hearing.

I would distinguish between a case of partiality by reason of pre-judgment on the one hand and by reason of personal interest on the other. It is apparent from the facts of this case, for example, that some degree of pre-judgment is inherent in the role of a councillor. That is not the case in respect of interest. There is nothing inherent in the hybrid functions, political, legislative or otherwise, of municipal councillors that would make it mandatory or desirable to excuse them from the requirement that they refrain from dealing with matters in respect of which they have a personal or other interest. It is not part of the job description that municipal councillors be personally interested in matters that come before them beyond the interest that they have in common with the other citizens in the municipality. Where such an interest is found, both at common law and by statute, a member of Council is disqualified if the interest is so related to the exercise of public duty that a reasonably well-informed person would conclude that the interest might influence the exercise of that duty. This is commonly referred to as a conflict of interest. See *Re Blustein and Borough of North York*, [1967] 1 O.R. 604 (H.C.); *Re Moll and Fisher* (1979), 23 O.R. (2d) 609 (Div. Ct.); *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, *supra*; and *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673.

Statutory provisions in various provincial Municipal Acts tend to parallel the common law but typically provide a definition of the kind of interest which will give rise to a conflict of interest.

Les tâches des membres de l'Office national de l'énergie ne revêtent aucun caractère politique ou législatif. Préjuger des questions n'est pas inhérent à la nature de leurs fonctions extra-juridictionnelles. Bien qu'on ait fait valoir que la tâche du président consistait notamment à se pencher sur des questions d'approvisionnement et de demande concernant le gaz naturel et que ces questions auraient une certaine pertinence relativement à la demande fondée sur l'art. 44, le juge en chef Laskin n'y a pas attaché d'importance, disant qu'elles servaient simplement à préparer le président à l'audition principale.

Je fais une distinction entre la partialité pour cause de préjugé, d'une part, et la partialité découlant d'un intérêt personnel, d'autre part. Il se dégage nettement des faits de l'espèce, par exemple, qu'un certain niveau de préjugé est inhérent au rôle de conseiller. On ne peut pas en dire autant de l'intérêt personnel. En effet, il n'y a rien d'inhérent aux fonctions hybrides des conseillers municipaux, qu'elles soient politiques, législatives ou autres, qui rendrait obligatoire ou souhaitable de les soustraire à l'obligation de ne pas intervenir dans des affaires dans lesquelles ils ont un intérêt personnel ou autre. Il n'est pas exigé des conseillers municipaux qu'ils aient dans les dossiers qui leur sont soumis un intérêt personnel au-delà de l'intérêt qu'ils partagent avec d'autres citoyens dans la municipalité. Quand on conclut à l'existence d'un tel intérêt personnel, alors, aussi bien en vertu de la common law que de la loi, un conseiller devient inhabile si l'intérêt est à ce point lié à l'exercice d'une fonction publique qu'une personne raisonnablement bien informée conclurait que cet intérêt risquerait d'influer sur l'exercice de la fonction en question. C'est ce qu'on appelle communément un conflit d'intérêts. Voir *Re Blustein and Borough of North York*, [1967] 1 O.R. 604 (H.C.), *Re Moll and Fisher* (1979), 23 O.R. (2d) 609 (C. div.), *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, précité, et *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673.

Il existe une tendance au parallélisme entre les dispositions de différentes lois provinciales sur les municipalités et la common law, mais ces dispositions définissent normalement le genre d'intérêt

See *Blustein and Moll, supra*. In Manitoba, the relevant provisions are found in the *Municipal Council Conflict of Interest Act*, R.S.M. 1987, c. 255, ss. 4, 5 and 8. No reference is made to these sections in this appeal nor is there any suggestion that they have been contravened.

In my opinion, the test that is consistent with the functions of a municipal councillor and enables him or her to carry out the political and legislative duties entrusted to the councillor is one which requires that the objectors or supporters be heard by members of Council who are capable of being persuaded. The Legislature could not have intended to have a hearing before a body who has already made a decision which is irreversible. The party alleging disqualifying bias must establish that there is a prejudgment of the matter, in fact, to the extent that any representations at variance with the view, which has been adopted, would be futile. Statements by individual members of Council while they may very well give rise to an appearance of bias will not satisfy the test unless the court concludes that they are the expression of a final opinion on the matter, which cannot be dislodged. In this regard it is important to keep in mind that support in favour of a measure before a committee and a vote in favour will not constitute disqualifying bias in the absence of some indication that the position taken is incapable of change. The contrary conclusion would result in the disqualification of a majority of Council in respect of all matters that are decided at public meetings at which objectors are entitled to be heard.

Application to this Appeal

The disqualifying conduct relied on in this case consists of Councillor Savoie appearing before the Finance Committee and speaking on behalf of the developer. This in itself would not necessarily lead to the conclusion that his mind could not be changed. It is, however, suggested that this places him in the role of advocate for the developer thus giving him an interest in the issue which goes beyond the public interest. This submission would have substance if there was something to suggest

qui fait naître un conflit d'intérêts. Voir les décisions *Blustein et Moll*, précitées. Au Manitoba, les dispositions pertinentes se trouvent dans la *Loi sur les conflits d'intérêts au sein des conseils municipaux*, L.R.M. 1987, ch. 255, art. 4, 5 et 8. Ces articles n'ont pas été invoqués dans le présent pourvoi et on n'allègue aucune contravention de ceux-ci.

À mon avis, le critère qui se concilie avec les fonctions d'un conseiller municipal et qui permet à ce dernier de remplir ses fonctions politiques et législatives est celui qui exige que les tenants de l'un ou l'autre point de vue soient entendus par des conseillers qu'il est possible de convaincre. Le législateur n'a pu vouloir qu'une audition se tienne devant un organisme qui a déjà pris une décision irrévocable. La partie qui allègue la partialité entraînant l'incapacité doit établir que l'affaire a en fait été préjugée, de sorte qu'il ne servirait à rien de présenter des arguments contredisant le point de vue adopté. Les déclarations de conseillers individuels, bien qu'elles puissent fort bien créer une apparence de partialité, ne satisfont au critère que si la cour conclut qu'elles sont l'expression d'une opinion finale et irrévocable sur la question. Il importe de se rappeler à ce propos que ni le fait d'appuyer une mesure devant un comité ni le fait de voter en faveur de cette mesure ne constituera, en l'absence d'une indication du caractère définitif de la position prise, une preuve de partialité entraînant l'incapacité. La conclusion contraire rendrait inhabiles la majorité des conseillers à l'égard de toutes les questions qui sont décidées dans le cadre d'assemblées publiques au cours desquelles les opposants à une mesure ont le droit de se faire entendre.

L'application au présent pourvoi

En l'espèce, c'est la comparution du conseiller Savoie devant le comité des finances pour y prendre la parole au nom du promoteur qui, allégué-t-on, constitue la conduite entraînant l'incapacité. Cela en soi ne mène pas nécessairement à la conclusion qu'il était impossible de le faire changer d'avis. On prétend toutefois qu'il s'était ainsi fait partisan du promoteur, ce qui a eu pour effet de lui conférer dans le dossier en question un intérêt qui dépasse l'intérêt public. C'est là un argument qui

that the Councillor's support was motivated by some relationship with or interest in the developer rather than in the development. The evidence shows, however, that he had previously supported the development on its merits and there is no evidence that suggests any relationship with the developer. Furthermore, the judge of first instance found as a fact that the Councillor had no such interest. In his reasons Schwartz J. stated, at p. 260:

There is no suggestion that Councillor Savoie did what he did for any reason other than what he believed to be the best interests of his community.

There is no suggestion that he had any personal interest in the success of Tyrone's application other than what he thought was his duty.

Schwartz J. did refer to the fact that Councillor Savoie acted as an advocate for the development but in light of the above finding this reference must be taken to mean nothing more than that he argued in favour of it. It was error, therefore, for the learned judge to apply the reasonable apprehension of bias test. This test would have been appropriate if it had been found that the Councillor had a personal interest in the development, either pecuniary or by reason of a relationship with the developer. In such circumstances, the test is that which applies to all public officials: Would a reasonably well-informed person consider that the interest might have an influence on the exercise of the official's public duty? If that duty is to hear and decide, the test is expressed in terms of a reasonable apprehension of bias. As I have stated above, there is nothing arising from the political and legislative nature of a councillor's duties that requires a relaxation of this test. The situation is quite distinct from a prejudgment case. In this case no personal interest exists or was found and it is purely a prejudgment case. Councillor Savoie had not prejudged the case to the extent that he was disqualified on the basis of the principles outlined above. The Court of Appeal was right, therefore, in reversing the judge of first instance

serait fondé s'il existait une indication que l'appui du conseiller a été motivé par un lien quelconque avec la société de promotion ou par un intérêt dans celle-ci plutôt que par un intérêt dans le projet d'aménagement. La preuve révèle cependant qu'il avait auparavant manifesté pour le projet un appui fondé sur sa valeur intrinsèque et il n'y a aucun élément de preuve établissant l'existence d'un lien quelconque avec le promoteur. De plus, le juge de première instance a constaté que le conseiller n'avait pas de tel intérêt. Le juge Schwartz affirme dans ses motifs, à la p. 260:

[TRADUCTION] Rien n'indique que les gestes du conseiller Savoie aient été motivés par autre chose que sa conviction qu'il agissait au mieux des intérêts de son secteur.

Rien ne permet de conclure qu'il avait dans le succès de la demande de Tyrone un autre intérêt personnel que l'accomplissement de ce qu'il concevait comme son devoir.

Le juge Schwartz a en fait mentionné que le conseiller Savoie s'était fait partisan du projet d'aménagement mais, compte tenu de la constatation exposée ci-dessus, on doit conclure qu'il a simplement voulu dire par là que le conseiller avait plaidé en faveur du projet. C'est donc à tort que le juge a appliqué le critère de la crainte raisonnable de partialité. L'application de ce critère aurait été indiquée s'il avait conclu que le conseiller avait un intérêt personnel dans le projet d'aménagement, que ce soit sur le plan pécuniaire ou sur celui de ses rapports avec le promoteur. Dans de telles circonstances, le critère est celui qui s'applique à tous les fonctionnaires publics: une personne raisonnablement bien informée estimerait-elle que l'intérêt en question pourrait influencer sur l'exercice de la fonction publique du fonctionnaire? Si cette fonction consiste à entendre et à décider certaines questions, la crainte raisonnable de partialité constitue le critère applicable. Comme je l'ai indiqué précédemment, il n'y a rien dans la nature politique et législative des fonctions d'un conseiller qui commande l'assouplissement de ce critère. Cette situation diffère tout à fait du cas où il est question de préjugé. En l'espèce, aucun intérêt personnel n'existe ni n'a été constaté et il s'agit purement et simplement d'un cas de préjugé. Le conseiller

on this point. The appeal on this ground must therefore fail.

2. *Ownership*

An argument advanced by the appellants is that the developer did not have the statutory right to apply for rezoning because part of the lands was owned by the City and another part consisted of streets that were in the process of being closed. Section 609(1) of the Act provides that the application shall be made by the owner or by a person authorized in writing by him. It is submitted by the appellant that when the application was filed on August 7, 1986, at that time the City had not authorized the developer to proceed with the application in respect of its lands. As for the street lands, it is submitted that the owner is the Province and no authorization was received from it.

With respect to the lands owned by the City, I agree with Huband J.A. that any defect in the application as originally filed was remedied before it was processed. It would be unduly technical to require that the application be complete in every respect on the day that it is filed. I adopt the following statement from the reasons of Huband J.A. as determinative of the matter (at p. 265):

On September 17, 1986, the Director of Lands, Surveys and Real Estate wrote to the solicitor for Tyrone in these terms:

"Inasmuch as your client now has an interest in those city-owned properties contained within the proposed development area your client may now proceed to make application for rezoning and subdivision."

It is obvious that Tyrone had received the necessary authorization to seek a rezoning of city lands and streets, as well as its own lands, well before the rezoning application was first considered by the St. Boniface-St. Vital Community Committee. In my opinion the recommendations of the Community Committee, and the action of City Council itself in ratifying the recommen-

Savoie n'avait pas préjugé l'affaire au point de devenir inhabile en application des principes exposés plus haut. C'est donc à bon droit que la Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance sur ce point. Le pourvoi doit donc être rejeté en ce qui concerne ce moyen.

2. *La propriété*

Un des arguments avancés par l'appelante est que la Loi ne conférait pas au promoteur le droit de demander la modification du zonage parce qu'une partie des biens-fonds visés appartenait à la ville et qu'une autre partie se composait de rues en voie de fermeture. Le paragraphe 609(1) de la Loi prévoit que la demande doit être faite par le propriétaire ou par une personne qui a reçu l'autorisation écrite de ce dernier. L'appelante soutient qu'au moment du dépôt de la demande, le 7 août 1986, la ville n'avait pas autorisé le promoteur à présenter une demande relativement aux biens-fonds dont elle était propriétaire. Pour ce qui est des biens-fonds occupés par des rues, on fait valoir que c'est la province qui en est propriétaire et que cette dernière n'a pas accordé d'autorisation.

Quant aux biens-fonds appartenant à la ville, je partage l'avis du juge Huband que tout vice dont pouvait être entachée la demande présentée initialement avait été rectifié avant l'examen de celle-ci. Or, ce serait faire preuve de formalisme excessif que d'exiger que la demande soit complète à tous les égards le jour de son dépôt. La déclaration suivante tirée des motifs du juge Huband est concluante sur cette question et je la fais mienne (à la p. 265):

[TRADUCTION] Le 17 septembre 1986, le directeur du service des levés de terrain et des biens immobiliers a écrit à l'avocat de Tyrone, lui disant:

«En autant qu'elle possède maintenant un intérêt dans les biens-fonds appartenant à la ville situés dans le secteur destiné à l'aménagement envisagé, votre cliente peut maintenant présenter une demande de modification de zonage et de lotissement.»

De toute évidence, Tyrone avait reçu l'autorisation nécessaire pour demander la modification du zonage des biens-fonds appartenant à la ville et des rues, ainsi que de ses propres biens-fonds, et ce, bien avant que le comité municipal de St-Boniface-St-Vital ne se penche pour la première fois sur la demande de modification de zonage. À mon avis, le vice de forme que représente

dations, are not to be set aside on the technicality of non-authorization prior to September 17th.

With respect to the street lands, I agree with Huband J.A. that the City had a sufficient interest to rezone these lands notwithstanding that the Province technically was the owner. Furthermore, I agree with him that it would make little sense to require the City to apply to itself for rezoning subject always to adequate notice being given to persons affected and an opportunity provided to be heard.

3. *Plan Winnipeg*

Non-conformity

A further argument raised by the Residents Association is that the rezoning by-law is invalid for failure to comply with the development plan for the greater urban area which came into effect on April 9, 1986, Plan Winnipeg. Section 599 of the *City of Winnipeg Act* specifies that in exercising its zoning power "the council shall conform to the Greater Winnipeg development plan, and any relevant provision in a community plan and action area plan". Furthermore, under the Act (s. 597.1(1)):

... each action area plan shall conform with the community plan, a component of which the action area plan implements; and each community plan shall conform with the Greater Winnipeg development plan.

It is clear that the Act establishes a complex scheme of nested plans of increasing specificity. That these plans are not intended to alter zoning, but are intended to guide future development and planning, is made clear in the definition of the Greater Winnipeg development plan (Plan Winnipeg) (s. 569(f)):

... a statement of the city's policy and general proposals in respect of the development or use of the land in the city and the additional zone, set out in texts, maps or illustrations, and measures for the improvement of the

l'omission d'accorder l'autorisation antérieurement au 17 septembre ne doit pas entraîner le rejet des recommandations du comité municipal ni l'annulation de la ratification des recommandations faite par le conseil municipal lui-même.

En ce qui concerne les biens-fonds occupés par des rues, j'estime, comme le juge Huband, que la ville possédait un intérêt suffisant pour qu'elle puisse en modifier le zonage, même si, en principe, ils appartenaient à la province. Je partage en outre son avis qu'il serait illogique d'exiger que la ville s'adresse à elle-même pour une demande de modification de zonage, toujours en donnant aux personnes touchées un avis suffisant et en leur accordant la possibilité de se faire entendre.

3. *Le plan de la ville de Winnipeg*

La non-conformité

L'association des résidents a fait valoir en outre que le règlement portant modification du zonage est invalide pour cause de non-conformité avec le plan directeur de la région urbaine, le plan de la ville de Winnipeg, entré en vigueur le 9 avril 1986. L'article 599 de la *City of Winnipeg Act* précise que, dans l'exercice de son pouvoir de zonage, [TRADUCTION] «le conseil doit se conformer au plan directeur de la ville de Winnipeg, et à toute disposition pertinente d'un plan de secteur et d'un plan d'action de secteur». De plus, aux termes de la Loi (par. 597.1(1)):

[TRADUCTION] ... chaque plan d'action de secteur doit être conforme au plan de secteur dont une partie est mise à exécution par le plan d'action de secteur; et chaque plan de secteur doit être conforme au plan directeur de la ville de Winnipeg.

Il est clair que la Loi établit un ensemble complexe de plans superposés présentant un degré croissant de précision. Il se dégage nettement de la définition du plan directeur de la ville de Winnipeg (le plan de la ville de Winnipeg) que ces plans sont destinés non pas à modifier le zonage mais à servir de guide pour l'aménagement et la planification futurs (al. 569f).

[TRADUCTION] ... un énoncé de la politique et des propositions générales de la ville concernant l'aménagement ou l'utilisation des biens-fonds situés dans la ville et dans la zone additionnelle, établi dans les textes, les

physical, social and economic environment and transportation;

It is contended by the appellant that the proposed zoning does not conform to Plan Winnipeg. There was no community plan for the area. An earlier district plan had been adopted as the action area plan. In this plan the land was designated "future residential" though zoning heights and densities were left undetermined. In the map accompanying the text of Plan Winnipeg, the land in question was designated partly "regional park" with the balance designated "older residential neighbourhood".

Is there non-conformity with Plan Winnipeg? As in the instant case, it may frequently be difficult to determine if a proposed rezoning does not conform with a general statement of policies and principles. The Act provides (s. 609(2.1)):

Where the designated commissioner is of the opinion that the zoning by-law applied for would not conform to The Greater Winnipeg Development Plan, a relevant community plan or an action area plan, he shall refer the application to the designated committee and if that committee is of the same opinion the application shall not be referred to the community committee . . . unless and until the council has given 1st reading to a by-law to amend the plan to remove that non-conformity. [Emphasis added.]

The development is residential, though it certainly is not single-family dwellings. This is consistent with the area plan. However, though it conforms in the main with Plan Winnipeg, the part of the project designated parkland in that plan is the source of the alleged non-conformity. As mentioned in Plan Winnipeg, the proposed development would retain a strip, albeit reduced in width, of park beside the river. One street providing access to the river will be closed; it is not clear whether pedestrian access to the river will be prevented. In addition, the development is definitely in conformity with a policy of encouraging

cartes ou les illustrations, ainsi que les mesures visant l'amélioration de l'environnement physique, social et économique et le transport;

L'appelante soutient que le zonage proposé n'est pas conforme au plan de la ville de Winnipeg. Il n'existait pour le secteur en question aucun plan de secteur. Un plan de district antérieur avait été adopté comme plan d'action de secteur. Dans ce plan, les biens-fonds en cause figuraient à titre de [TRADUCTION] «futur quartier résidentiel», quoique la hauteur et la densité des immeubles n'aient pas été précisées. Sur la carte jointe au texte du plan de la ville de Winnipeg, une partie des mêmes biens-fonds figure comme [TRADUCTION] «parc régional», le reste étant désigné comme [TRADUCTION] «vieux quartier résidentiel».

Y a-t-il non-conformité avec le plan de la ville de Winnipeg? Comme c'est le cas en l'espèce, la non-conformité d'un projet de modification de zonage avec un énoncé général de politiques et de principes peut souvent être difficile à déterminer. La Loi prévoit (par. 609(2.1)):

[TRADUCTION] Lorsque le commissaire désigné estime que le règlement de zonage demandé ne serait pas conforme au plan directeur de la ville de Winnipeg, au plan de secteur applicable ou à un plan d'action de secteur, il renvoie la demande au comité désigné. Si ce comité est du même avis, la demande n'est pas renvoyée au comité municipal [. . .] tant que le conseil n'aura pas examiné en première lecture un règlement visant à modifier le projet de supprimer la non-conformité. [Je souligne.]

Il s'agit en l'occurrence d'un projet de construction résidentielle, quoiqu'il ne soit certainement pas question d'habitations unifamiliales. Cela est conforme au plan de secteur. Toutefois, en dépit de la conformité générale du projet d'aménagement avec le plan de la ville de Winnipeg, on prétend non conforme la partie du projet touchant les biens-fonds désignés comme parc dans ce plan. Conformément au plan de la ville de Winnipeg, le projet d'aménagement comprendrait un parc linéaire, moins large cependant, au bord de la rivière. Une rue donnant accès à la rivière serait fermée, mais il n'est pas certain si l'accès serait en conséquence interdit aux piétons. De surcroît, le projet d'aménagement est certainement conforme à la politique d'encouragement du secteur privé à

private sector investment in older residential neighbourhoods, a goal of Plan Winnipeg.

It is clear from the facts of this case that the designated commissioner was of the opinion that the proposed rezoning did conform to Plan Winnipeg. Huband J.A. came to the same conclusion on the basis that the proposed rezoning complied with the spirit of the text and map "in terms of what our civic elected representatives hope for the future for that particular area".

The question of conformity to an official plan is primarily a planning decision which is based on fact and policy. The opinion of the designated commissioner while not immune from judicial review should not be disturbed by an appellate court simply because it disagrees with the opinion in respect of policy or fact. The commissioner is in a much better position to assess whether a new development conforms to the planning policy of the municipality than is the court. Huband J.A. was not prepared to disagree with the commissioner's opinion. Indeed, he confirmed the opinion. In light of the above, this Court would not be justified in substituting its view of fact and policy except in the most exceptional circumstances.

4. *Bad Faith and Expectation of Consultation*

The appellant contends that in the course of reviewing the area plan which occurred during the period 1979-85, the Community Committee indicated to members of the appellant that they would be involved in the formation of a new area plan prior to any redevelopment. The developer Tyrone was not involved in these discussions.

The appellant relies on the affidavits of two City Councillors, Evelyn Reese and Al Ducharme. The affidavits are textually identical on this point. They read:

8. During my tenure as Councillor, the St. Boniface-St. Vital Community Committee had repeatedly requested that Council develop an overall plan for the North St.

investir dans les vieux quartiers résidentiels, ce qui représente l'un des buts visés par le plan de la ville de Winnipeg.

Les faits de la présente espèce révèlent clairement que le commissaire désigné a estimé conforme au plan de la ville de Winnipeg le projet de modification de zonage. Le juge Huband est arrivé à la même conclusion en affirmant que le projet de modification de zonage était conforme à l'esprit du texte et de la carte [TRADUCTION] «relativement à ce que nos représentants élus envisagent pour l'avenir de ce secteur en particulier».

La conformité avec un plan officiel tient essentiellement à une décision d'urbanisme fondée sur les faits et sur la politique. L'opinion du commissaire désigné n'est certes pas soustraite au contrôle judiciaire, mais il ne convient pas qu'une cour d'appel y touche pour le simple motif qu'elle ne la partage pas sur le plan de la politique ou des faits. Le commissaire se trouve beaucoup mieux placé que la cour pour déterminer si un nouveau projet d'aménagement est conforme à la politique de la municipalité en matière d'urbanisme. Le juge Huband n'était pas disposé à écarter l'opinion du commissaire. En fait, il l'a confirmée. Compte tenu de ce qui précède, notre Cour ne saurait être justifiée à substituer son opinion concernant les faits et la politique en question que dans les circonstances les plus exceptionnelles.

4. *La mauvaise foi et l'expectative de consultation*

L'appelante fait valoir que dans le cadre de l'examen du plan de secteur qui a eu lieu entre 1979 et 1985, le comité municipal avait indiqué aux membres de l'association appelante qu'on les ferait participer à la mise au point d'un nouveau plan de secteur avant que ne s'effectue tout réaménagement. Le promoteur Tyrone n'avait pas participé à ces discussions.

L'appelante s'appuie sur les affidavits de deux conseillers municipaux, Evelyn Reese et Al Ducharme. Ces affidavits, dont la formulation est identique sur ce point, portent notamment:

[TRADUCTION] 8. Lorsque j'ai occupé le poste de conseiller, le comité municipal de St-Boniface-St-Vital avait demandé à plusieurs reprises au conseil de concevoir un

Boniface area. Councillor Savoie was a member of the Community Committee during this time. Furthermore, the Community Committee had indicated to the residents that they would be involved in the formation of a plan for the area.

9. I was, therefore, surprised to hear Councillor Savoie's presentation in support of the development prior to a plan being formulated for the area as a whole. Since it was my understanding, from the conduct of the Community Committee during the preceding years, that no development should be undertaken in the area without an area plan first being approved.

Neither Schwartz J. nor the Court of Appeal dealt with this issue and we do not have the benefit of a finding as to whether this amounted to an undertaking. In these circumstances, I would hesitate to find that the evidence establishes a binding undertaking. But, assuming the evidence amounts to an undertaking, I do not see how it could avail against the statutory right of Tyrone who was not a party to the undertaking to apply for a rezoning pursuant to s. 609 of the Act. Furthermore, members of Council could not enter into a private arrangement imposing a general moratorium on applications for rezoning in an area of the municipality. This kind of land-use freeze would ordinarily require statutory authority or at the very least a resolution of the council of the municipality.

It appears, however, that at bottom the appellant's submission is that the conduct of the Committee created a legitimate expectation of consultation. The appellant cites the decision of the House of Lords in *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935. The principle is also discussed in the leading cases of *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 All E.R. 346 (P.C.), and *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701 (C.A.). It is also referred to in the following Canadian cases: *Re Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49; *Re Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancouver* (1983), 148 D.L.R. (3d) 255;

plan global pour le secteur de St-Boniface nord. Au cours de la période visée, le conseiller Savoie était membre du comité municipal. De plus, le comité municipal avait indiqué aux résidents qu'on les ferait participer à la mise au point d'un plan pour le secteur en question.

9. C'est donc avec étonnement que j'ai entendu la présentation du conseiller Savoie en faveur du projet d'aménagement avant la conception d'un plan pour l'ensemble du secteur, car j'avais conclu de la conduite du comité municipal au cours des années précédentes qu'aucun aménagement ne devrait être entrepris dans le secteur sans que ne soit approuvé au préalable un plan de secteur.

Ni le juge Schwartz ni la Cour d'appel n'a examiné ce point, de sorte que nous ne bénéficions pas d'une conclusion sur la question de savoir s'il s'agissait là d'un engagement. Dans ces circonstances, j'hésiterais à conclure que la preuve établit l'existence d'un engagement exécutoire. Toutefois, en supposant que l'existence d'un tel engagement ressort de la preuve, je ne vois comment il pourrait être opposé au droit de Tyrone, qui n'a pas été partie à l'engagement, de demander la modification du zonage en vertu de l'art. 609 de la Loi. De plus, les membres du conseil n'étaient pas autorisés à conclure un accord privé imposant la suspension générale des demandes de modification de zonage visant un secteur déterminé de la municipalité. Il faudrait normalement que ce genre de gel de l'affectation du sol soit autorisé par un texte législatif ou, à tout le moins, qu'il se fasse par voie de résolution du conseil municipal.

Il appert toutefois que l'appelante fait valoir au fond que le comité, par sa conduite, a créé une expectative légitime de consultation. L'appelante invoque l'arrêt de la Chambre des lords *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1984] 3 All E.R. 935. Le précepte en question fait également l'objet d'un examen dans les arrêts de principe *Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu*, [1983] 2 All E.R. 346 (P.C.), et *R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain*, [1979] 1 All E.R. 701 (C.A.). Mention en est faite aussi dans les décisions canadiennes suivantes: *Re Multi-Malls and Minister of Transportation and Communications* (1976), 14 O.R. (2d) 49, *Re Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancouver*

Gaw v. Commissioner of Corrections (1986), 2 F.T.R. 122 and *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia* (1975), 59 D.L.R. (3d) 152.

The principle developed in these cases is simply an extension of the rules of natural justice and procedural fairness. It affords a party affected by the decision of a public official an opportunity to make representations in circumstances in which there otherwise would be no such opportunity. The court supplies the omission where, based on the conduct of the public official, a party has been led to believe that his or her rights would not be affected without consultation.

The planning and zoning process is an elaborate structure designed to enable all those affected not only to be consulted but to be heard. The appellant availed itself of this process by making representations before the Community Committee. Even if the conduct of this Committee raised expectations on the part of the appellant, I am of the opinion that this would not justify this Court in mounting onto the elaborate statutory scheme yet another process of consultation.

Disposition

The appeal is dismissed with costs.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J.—I have concurred in the reasons of Justice La Forest in *Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)*, [1990] 3 S.C.R. 1213 (released concurrently today). In applying his test to the facts of this case, I am of the view that the appeal should be dismissed.

On the issue of conformity with Plan Winnipeg, I am in agreement with the reasons of Justice Sopinka. Accordingly, I would dispose of this appeal in the manner set out by Sopinka J.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Cory J.J. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—Three issues are raised in this appeal:

(1983), 148 D.L.R. (3d) 255, *Gaw v. Commissioner of Corrections* (1986), 2 F.T.R. 122, et *Re Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia* (1975), 59 D.L.R. (3d) 152.

^a Le principe élaboré dans cette jurisprudence n'est que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Il accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter.

^b Le processus de planification et de zonage constitue un ensemble complexe destiné à permettre que toutes les personnes concernées soient non seulement consultées mais aussi entendues. L'appelante s'est prévalu de ce processus en faisant des observations devant le comité municipal. Or, même si la conduite de ce comité a suscité certaines attentes chez l'appelante, j'estime que cela ne justifierait pas que notre Cour introduise dans le régime complexe établi par la Loi encore un autre processus de consultation.

Dispositif

Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Version française des motifs rendus par

^c LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai souscrit aux motifs du juge La Forest dans *Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)*, [1990] 3 R.C.S. 1213 (rendu simultanément aujourd'hui). Appliquant le critère qu'il propose aux faits de l'espèce, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

^d Quant à la question de la conformité avec le plan de la ville de Winnipeg, je suis d'accord avec les motifs du juge Sopinka. En conséquence, je trancherais le pourvoi de la manière exposée par le juge Sopinka.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

^e LE JUGE LA FOREST (dissident)—Trois questions sont soulevées dans le présent pourvoi:

a) In a contested rezoning under ss. 609-15 of the *City of Winnipeg Act*, S.M. 1971, c. 105, do the rules of natural justice or fairness apply so as to preclude participation by a councillor which would raise a reasonable apprehension of bias? ^a

b) Did the City show bad faith in proceeding as it did? ^b

c) Was the City's proposed rezoning in conformity with Plan Winnipeg, and, if not, was this non-conformity subject to judicial review? ^c

My colleague, Justice Sopinka, has set out the facts, the judicial history and the applicable legislation. In my view, this appeal can be disposed of on the basis of the third issue, and I shall, therefore, confine my remarks to that issue. ^d

Plan Winnipeg

The Residents Association attacks the rezoning by-law on the ground that Council exceeded its zoning power by failing to conform with Plan Winnipeg. It points to s. 599 of the *City of Winnipeg Act*, which delimits the zoning power of Council as follows:

599. In exercising the power delegated by section 598, the council shall conform to the Greater Winnipeg development plan, and any relevant provision in a community plan and action area plan. [Emphasis added.] ^e

Plan Winnipeg designated the area north of the CN Highline as residential and parkland. Part of the site proposed for the Tyrone development is designated for "regional parks" on the Plan's policy area map. By contrast, the developer's site plan indicates one condominium tower situated almost wholly on the designated park area. This, the Association argues, constitutes a violation of s. 599 of the Act, which renders the by-law void for non-compliance with a provision that constitutes a prerequisite to its passing. ^f

a) Dans le cadre d'une contestation de modification de zonage fondée sur les art. 609 à 615 de la *City of Winnipeg Act*, S.M. 1971, ch. 105, les règles de justice naturelle ou d'équité s'appliquent-elles de manière à empêcher la participation d'un conseiller qui pourrait entraîner une crainte raisonnable de partialité?

b) La ville a-t-elle fait preuve de mauvaise foi en agissant comme elle l'a fait? ^b

c) Le projet de modification du zonage de la ville était-il conforme au plan de la ville de Winnipeg, sinon, cette absence de conformité était-elle sujette à un contrôle judiciaire? ^c

Mon collègue le juge Sopinka a exposé les faits, tracé l'historique des procédures judiciaires et énoncé les dispositions législatives applicables. À mon avis, ce pourvoi peut être tranché en fonction de la troisième question et je vais donc limiter mes observations à cette question. ^d

Le plan de la ville de Winnipeg

L'association des résidents conteste le règlement portant modification de zonage pour le motif que le conseil a outrepassé son pouvoir de zonage en omettant de se conformer au plan de la ville de Winnipeg. Elle souligne l'art. 599 de la *City of Winnipeg Act* qui délimite le pouvoir de zonage du conseil de la manière suivante: ^e

[TRADUCTION] **599.** Dans l'exercice du pouvoir délégué par l'article 598, le conseil doit se conformer au plan directeur de la ville de Winnipeg, et à toute disposition pertinente d'un plan de secteur et d'un plan d'action de secteur. [Je souligne.] ^f

Le plan de la ville de Winnipeg affectait le secteur situé au nord de la voie du CN, dite Highline, à la construction résidentielle et à l'aménagement d'un parc. Une partie du site proposé pour le projet immobilier de Tyrone est affectée à l'aménagement de «parcs régionaux» sur la carte établie conformément à la politique du plan pour le secteur. Par contre, le plan du site du promoteur montre une tour de condominiums presque entièrement située dans le secteur désigné comme parc. L'association soutient que cela constitue une violation de l'art. 599 de la Loi, qui a pour effet d'annuler le règlement pour cause de non-conformité avec une disposition constituant une condition préalable à son adoption. ^g

The City, in responding to the argument that a condominium does not conform to a park, rests its submission on the notion that the by-law did indeed conform to the Plan because a strip park was retained for public access. The City also suggests that it is appropriate to interpret the text and map of the Plan in a flexible manner, since the Plan is a policy document containing only general proposals.

The Court of Appeal agreed with the City, holding that the by-law need only conform to the spirit of the text and map. The Court also held that the matter of Council's compliance with Plan Winnipeg in promulgating the by-law is not open to judicial review, given the duty of the designated commissioner to screen for non-compliance.

This issue centres on what is meant by the requirement in s. 599 that the City "conform" to Plan Winnipeg. Does it mean that the City must follow the exact scheme set out in the policy area map, or should "conform" be interpreted in a more flexible manner, to permit Council to enact zoning by-laws which may not represent an exact fit with the map, but comply with the general direction of the articulated policies? In order to resolve this issue, it is necessary to first understand the function of Plan Winnipeg in the planning process.

The Nature of the Plan

Section 569(f) of the Act defines Plan Winnipeg as follows:

569. . . .

(f) "Greater Winnipeg development plan" means a statement of the city's policy and general proposals in respect of the development or use of the land in the city and the additional zone, set out in texts, maps or illustrations, and measures for the improvement of the physical, social and economic environment and transportation;

La ville, dans sa réponse à l'argument selon lequel un immeuble en copropriété ne correspond pas à un parc, fonde son argument sur la notion que le règlement était en fait conforme au plan parce qu'une bande de terrain désignée à titre de parc avait été conservée pour que le public y ait accès. La ville soutient également qu'il convient d'interpréter le texte et la carte du plan d'une manière souple, étant donné que ce plan est un document de principe qui ne contient que des propositions générales.

La Cour d'appel a fait droit aux arguments de la ville en concluant que le règlement ne devait respecter que l'esprit du texte et de la carte. La cour a également conclu que la question de savoir si le conseil avait respecté le plan de la ville de Winnipeg en adoptant le règlement n'est pas sujette à un contrôle judiciaire, compte tenu de l'obligation du commissaire désigné de vérifier s'il y a non-respect.

Cette question porte sur le sens de l'exigence de l'art. 599 que la ville [TRADUCTION] «se conforme [. . .]» au plan de la ville de Winnipeg. Cela signifie-t-il que la ville doit suivre exactement le plan indiqué sur la carte établie conformément à la politique en vigueur pour le secteur, ou l'expression «se conformer» devrait-elle être interprétée d'une manière plus souple, pour permettre au conseil d'adopter des règlements de zonage susceptibles de ne pas concorder exactement avec la carte, mais qui respectent les directives générales des politiques formulées? Pour trancher cette question, il est nécessaire de comprendre d'abord la fonction du plan de la ville de Winnipeg dans le processus de planification.

h La nature du plan

L'alinéa 569f) de la Loi définit ainsi le plan de la ville de Winnipeg:

[TRADUCTION] **569**

f) «plan directeur de la ville de Winnipeg» désigne un énoncé de la politique et des propositions générales de la ville concernant l'aménagement ou l'utilisation des biens-fonds situés dans la ville et dans la zone additionnelle, établis dans les textes, les cartes ou les illustrations, ainsi que les mesures visant l'amélioration de l'environnement physique, social et économique et le transport;

Plan Winnipeg was adopted as a by-law of the City in April 1986. The Plan is the instrument by which overall planning for the entire territory of the city is instituted. It is a general, long-term policy document which serves as a framework in which specific policies and zoning by-laws are formulated. It may be viewed as the very foundation of all planning. Indeed, master plans like Plan Winnipeg are characterized by Rogers in *Canadian Law of Planning and Zoning* (1990), at pp. 68-69, as “quasi-constitutional documents”:

In some respects a community plan operates as kind of a constitutional document controlling the future development of the municipality. As a constitution, it embodies limitations on the local authority in both its legislative and administrative spheres and is less subject to change than ordinary laws.

Although the author was speaking in general terms, his insights are applicable to Plan Winnipeg. By section 599 of the Act, the zoning power of council is constrained by the plan, although the extent of the constraint may not be entirely clear. In addition, the procedure for amendment to the plan, found in ss. 574-78 of the Act, is more onerous than the process for the amendment of a zoning by-law, in that it involves consultation with community committees, requires the entire council, rather than simply the executive policy committee, to deliberate on the plan by-law, and contains more stringent public notice provisions. Moreover, council is required to obtain the written approval of the minister before it can finally pass the plan by-law.

There is a temptation to view the plan as a document too policy oriented to command any legal status. Such an approach, however, misapprehends the true nature of the plan. Although the policies are articulated in relatively general terms, this does not detract from the legal force of the plan. The specific legal effect of the plan, pursuant to s. 599 of the Act, is to set the parameters of the zoning power of council. If council adopts a by-law which does not conform with the plan, it has overstepped its statutory authority; see *Christie v.*

Le plan de la ville de Winnipeg a été adopté à titre de règlement municipal en avril 1986. Ce plan constitue l'instrument qui établit la planification générale de l'ensemble du territoire de la ville. Il s'agit d'un document énonçant une politique générale à long terme, en fonction duquel des politiques précises et des règlements de zonage sont formulés. Il peut être considéré comme le fondement même de toute planification. En fait, les plans directeurs comme le plan de la ville de Winnipeg sont qualifiés par Rogers dans *Canadian Law of Planning and Zoning* (1990), aux pp. 68 et 69, de [TRADUCTION] «documents quasi constitutionnels»:

[TRADUCTION] À certains égards, un plan directeur fonctionne comme un genre de document constitutionnel qui contrôle l'aménagement futur de la municipalité. À titre de constitution, il comprend des restrictions imposées au pouvoir local dans ses champs de compétence législative et administrative et est moins susceptible de subir des modifications que les lois ordinaires.

Bien que l'auteur se soit exprimé en termes généraux, ses opinions s'appliquent au plan de la ville de Winnipeg. Aux termes de l'art. 599 de la Loi, le pouvoir de zonage du conseil est limité par le plan, bien que l'étendue de la limite ne soit pas tout à fait claire. De plus, la procédure de modification du plan, qui se trouve aux art. 574 à 578 de la Loi, est plus lourde que la procédure de modification d'un règlement de zonage parce qu'elle comporte une consultation avec les comités municipaux, exige que le conseil au complet, et non simplement le comité exécutif, délibère sur le règlement relatif au plan, et contient des dispositions plus strictes en matière d'avis public. En outre, le conseil est tenu d'obtenir l'autorisation écrite du ministre avant l'adoption finale du règlement relatif au plan.

On est tenté de considérer le plan comme un document qui est trop axé sur des politiques générales pour avoir un statut juridique. Toutefois, une telle position repose sur une mauvaise compréhension de la véritable nature du plan. Bien que les politiques soient formulées en des termes relativement généraux, cela ne diminue pas le caractère juridique du plan. L'effet juridique précis du plan, selon l'art. 599 de la Loi, est d'établir les paramètres du pouvoir de zonage du conseil. Si le conseil adopte un règlement non conforme au plan, il

City of Winnipeg (1981), 16 M.P.L.R. 128 (Man. Q.B.).

At the same time, I recognize that the Plan does not have the specificity of a zoning by-law, and must be approached accordingly. The distinction between master plans and zoning by-laws is explained by Rogers, *supra*, at p. 69:

Because plans are expressed in generalities, it would not be practical to ascribe to them the same effect that a statute or by-law has. Something more is usually needed to translate the policies set out in broad terms in plans into legislative action. One of the essential requisites of a law is that it must be definite and certain and this is lacking in a planning scheme. Courts may be inclined to give a fairly liberal interpretation to statements of policy and prescribed land uses contained in a plan.

It appears then, that as a “quasi-constitutional” document, the Plan should be interpreted with an appropriate measure of flexibility, which reflects a balance between its general, long-term nature, and its statutorily mandated function as the foundation of the planning process.

It remains to apply these general principles to Plan Winnipeg and s. 599 of the Act.

Does the By-law Conform With the Plan?

Huband J.A. adopted the following approach to the issue of whether the by-law is in conformity with Plan Winnipeg, at p. 268:

It is no easy thing to decide whether a particular zoning “conforms” with a long-term planning document which consists of a mixture of policy statements, long-term objectives, general proposals and land designation map. I think it must be recognized that the new zoning need not fit the designation of that land on the map. What is important is that the zoning conform to the spirit of the text and map in terms of what our civic elected representatives hope for the future for that particular area.

outrepasse le pouvoir que la Loi lui confère; voir *Christie v. City of Winnipeg* (1981), 16 M.P.L.R. 128 (B.R. Man.).

a En même temps, je reconnais que le plan n’a pas la précision d’un règlement de zonage et doit être examiné en conséquence. La distinction entre les plans directeurs et les règlements de zonage est expliquée par Rogers, précité, à la p. 69:

b [TRADUCTION] Parce que les plans sont rédigés en termes généraux, il ne serait pas pratique de leur attribuer le même effet qu’une loi ou qu’un règlement. Habituellement, il faut quelque chose de plus pour traduire en action législative les politiques énoncées en termes généraux dans des plans. L’une des conditions essentielles d’une loi est qu’elle doit être précise et certaine, et pareille condition ne se retrouve pas dans un programme de planification. Les tribunaux peuvent être portés à interpréter de façon assez libérale les énoncés de politique et les utilisations de biens-fonds prescrites dans un plan.

c Il appert alors que le plan, à titre de document «quasi constitutionnel», devrait être interprété avec une juste mesure de souplesse qui représente un équilibre entre sa nature générale et à long terme, et sa fonction prescrite par la Loi comme le fondement du processus de planification.

d Il reste à appliquer ces principes généraux au plan de la ville de Winnipeg et à l’art. 599 de la Loi.

Le règlement est-il conforme au plan?

e Le juge Huband a adopté la position suivante à l’égard de la question de savoir si le règlement est conforme au plan de la ville de Winnipeg, à la p. 268:

f [TRADUCTION] Il n’est pas facile de décider si un zonage en particulier est «conforme» à un document de planification à long terme qui comprend un ensemble d’énoncés de politique, d’objectifs à long terme, de propositions générales ainsi qu’une carte sur l’affectation des biens-fonds. Je suis d’avis qu’il faut reconnaître qu’il n’est pas nécessaire que le nouveau zonage soit conforme à l’affectation de ce bien-fonds sur la carte. Ce qui est important c’est que le zonage soit conforme à l’esprit du texte et de la carte relativement à ce que nos représentants élus envisagent pour l’avenir de ce secteur en particulier.

With respect, I find that Huband J.A.'s approach accommodates a more tenuous relationship between the zoning by-law and the Plan than was contemplated by the Legislature.

The development site is designated "regional park" on the Plan Winnipeg policy map. Surely, there is no ambiguity here which requires recourse to the "spirit" of the Plan; if it was intended that the area be open to residential development, the map would have been marked accordingly. I find it difficult to understand what Huband J.A. meant to say when he held that "it must be recognized that the new zoning need not fit the designation of that land on the map". In support of such a proposition, the City submits that the text of the Plan, specifically policy 80(1), a policy of establishing a linear river-bank park system, provides sufficient support for the by-law. There is nothing in s. 569(f) of the Act, however, that confers pre-eminence to the text of the Plan, as opposed to the map. On the contrary, as noted by Wilson J. in *Christie, supra*, at p. 135, maps or illustrations are by s. 569(f) of the Act an integral part of the Plan.

Furthermore, I doubt that it was ever intended that the linear park system policy would preclude the establishment of larger parks adjacent to the river. It seems to me that the linear park policy complements rather than contradicts other park policies in the plan, including policy 75(1), which provides that the City shall develop additional parkland in older neighbourhoods, in accordance with specific neighbourhood requirements, and policy 78(1), which provides that the City shall establish a system of regional parks, to offset existing deficiencies and meet projected needs.

I would also note that policy 6(1), relied on by Huband J.A., does not really provide support for the proposed development. That policy is stated in the Plan as follows:

En toute déférence, je suis d'avis que la position du juge Huband correspond à un rapport plus ténue entre le règlement de zonage et le plan qui avait été envisagé par l'assemblée législative.

a

Le site d'aménagement est affecté à un «parc régional» sur la carte établie conformément à la politique du plan de la ville de Winnipeg. De toute évidence, dans ce cas, aucune ambiguïté n'exige d'avoir recours à l'«esprit» du plan; si on avait voulu que le secteur fasse l'objet d'un aménagement résidentiel, la carte l'aurait indiqué. À mon avis, il est difficile de comprendre ce que le juge Huband a voulu dire quand il a conclu qu'[TRA-DUCTION] «il faut reconnaître qu'il n'est pas nécessaire que le nouveau zonage soit conforme à l'affectation de ce bien-fonds sur la carte». À l'appui d'un tel argument, la ville soutient que le texte du plan, particulièrement la politique 80(1), une politique qui crée un réseau de parcs linéaires riverains, apporte une justification suffisante du règlement. Toutefois, il n'y a rien dans l'al. 569f) de la Loi qui confère la prééminence au texte du plan, par rapport à la carte. Au contraire, comme l'a souligné le juge Wilson dans l'arrêt *Christie*, précité, à la p. 135, les cartes ou les illustrations sont, aux termes de l'al. 569f) de la Loi, une partie intégrante du plan.

f

Qui plus est, je doute qu'on ait jamais voulu que la politique du réseau de parcs linéaires empêche la création de parcs plus grands sur le bord de la rivière. Il me semble que la politique des parcs linéaires complète plutôt que contredit d'autres politiques relatives aux parcs dans le plan, y compris la politique 75(1), qui prévoit que la ville doit aménager des parcs supplémentaires dans des vieux quartiers, conformément aux exigences précises du quartier, et la politique 78(1), qui prévoit que la ville doit créer un réseau de parcs régionaux, pour combler les lacunes existantes et répondre aux besoins projetés.

i

Je tiens également à souligner que la politique 6(1), sur laquelle se fonde le juge Huband, n'appuie pas réellement le projet d'aménagement. Cette politique est énoncée dans le plan de la manière suivante:

j

The City shall encourage, wherever possible, private sector investment in appropriate development in older residential neighbourhoods. [Emphasis added.]

To my mind, a development that conflicts with policies articulated in both the map and text of the Plan cannot be considered appropriate development within the meaning of policy 6(1).

In determining whether the zoning by-law conforms with the Plan, the purpose of the Plan in the context of the planning process must not be forgotten. The whole point of establishing a master plan is precisely to place constraints on the future character of development in the City, in accordance with long-term objectives. In order to ensure that Council does not exercise its powers in such a way as to inhibit the ultimate implementation of these objectives, the Act mandates that zoning must fit the designation of lands outlined on the Plan. Otherwise, with the effluxion of time, the City could change in a way wholly in conflict with the carefully designed and publicly vetted provisions of the Plan.

As I see it, the regional park designation is clear from the Plan, and the condominium development represents a derogation from that Plan. The state of affairs here can bear no other interpretation. Thus, if the City wishes to permit development that conflicts with the policy of the Plan, it must first seek amendment to the Plan itself. The procedures for amendment to the Plan, including the provision for public participation, are an important component of the system of checks and balances that characterizes the planning process. This system provides for public participation in all stages of policy development and implementation, from the adoption of a master plan to the enactment of zoning by-laws. It is not open to Council to circumvent any part of this public process, a process established by its own Act of incorporation, by the simple passage of a zoning by-law.

The Appropriateness of Judicial Review

A subsidiary issue is raised as a result of the Court of Appeal's decision, which also held that it

[TRADUCTION] La ville doit, autant que possible, encourager le secteur privé à investir dans l'aménagement approprié de vieux quartiers résidentiels. [Je souligne.]

^a À mon avis, l'aménagement qui ne respecte pas les politiques de la carte et du texte du plan ne peut être considéré comme approprié au sens de la politique 6(1).

^b Pour déterminer si le règlement de zonage est conforme au plan, il ne faut pas oublier le but du plan dans le contexte du processus de planification. La mise au point d'un plan directeur a précisément pour but de limiter le caractère futur de l'aménagement urbain, conformément à des objectifs à long terme. Afin d'assurer que le conseil n'exerce pas ses pouvoirs de manière à empêcher la réalisation ultime de ces objectifs, la Loi prévoit que le zonage doit être conforme à l'affectation des biens-fonds sur le plan. Autrement, avec le temps, la ville pourrait être modifiée d'une manière complètement contraire aux dispositions du plan soigneusement conçues et vérifiées publiquement.

^e Selon moi, l'affectation à un parc régional ressort clairement du plan et l'aménagement de condominiums représente une dérogation à ce plan. Les circonstances de l'espèce ne sauraient être interprétées d'une autre façon. Par conséquent, si la ville désire autoriser un aménagement qui ne respecte pas la politique du plan, elle doit d'abord demander la modification du plan lui-même. Les procédures de modification du plan, y compris la participation prévue du public, constituent une composante importante du système de vérification qui caractérise le processus de planification. Ce système prévoit la participation du public à toutes les étapes de la conception et de la mise en application des politiques, de l'adoption d'un plan directeur à l'adoption de règlements de zonage. Il n'est pas loisible au conseil de se soustraire à une partie de ce processus public, qui est créé par sa propre loi constitutive, par la simple adoption d'un règlement de zonage.

L'à-propos du contrôle judiciaire

^j Une question subsidiaire est soulevée par suite de l'arrêt de la Cour d'appel qui a également conclu qu'on n'a jamais voulu qu'une cour de

was never intended that a court of law consider whether a proposal complies with Plan Winnipeg. In effect the Court of Appeal held that the matter was not open to judicial review.

The Act provides for the “designated commissioner” to determine whether a zoning by-law conforms to the Plan. The proposal is then forwarded to another committee of Council for a consideration of the same issue. While normally I am prepared to accord some deference to those empowered under the Act to consider whether a by-law conforms to the Plan, an issue not lacking in difficulty and where local knowledge is of great assistance, I do not think judicial review is inappropriate in this case.

First, the designated commissioner is not independent of Council, but is appointed and may be dismissed by Council pursuant to s. 2(5) of the Act. It should be noted, as well, that there is no privative clause. Thus, it is open to the courts to overturn a decision which is legally incorrect, rather than patently unreasonable. It is also important to realize that we are not dealing here with a subtle issue which requires great planning expertise and direct knowledge of local land use dynamics. We are faced with the prospect of a seven-storey condominium tower which is to be built on an area clearly designated on the Plan policy map as parkland. With all deference, I am unable to understand how this can be said to conform with the Plan. To so hold would be to set at nought the carefully crafted provisions devised by the Legislature to ensure the participation of citizens in planning decisions affecting the character of the community in which they live.

I conclude that the City was precluded from adopting the zoning by-law in question, and must look to amending the Plan.

conclu qu'on n'a jamais voulu qu'une cour de justice examine si un projet est conforme au plan de la ville de Winnipeg. En effet, la Cour d'appel a conclu que la question n'était pas sujette à un ^a contrôle judiciaire.

La Loi prévoit que le «commissaire désigné» détermine si un règlement de zonage est conforme ^b au plan. Le projet est alors transmis à un autre comité du conseil pour qu'il examine la même question. Bien que normalement je sois prêt à faire preuve de déférence envers ceux que la Loi habilite à examiner la question de savoir si un règlement ^c est conforme au plan, question qui n'est pas facile et à l'égard de laquelle une connaissance locale est très utile, je ne suis pas d'avis que le contrôle judiciaire est inopportun en l'espèce.

^d D'abord, le commissaire désigné n'est pas indépendant du conseil, mais il est nommé et peut être démis de ses fonctions par le conseil, aux termes du par. 2(5) de la Loi. Il convient également de ^e noter qu'il n'y a pas de clause privative. Les tribunaux peuvent ainsi infirmer une décision qui est erronée du point de vue légal plutôt que manifestement déraisonnable. Il est également important de ^f réaliser que nous ne traitons pas en l'espèce d'une question subtile qui exige une grande expertise en matière de planification ainsi qu'une connaissance directe de la dynamique locale d'affectation des biens-fonds. Nous sommes confrontés à un projet ^g de construction d'une tour de condominiums de sept étages dans un secteur clairement désigné comme parc sur la carte établie conformément à la politique du plan. En toute déférence, je ne puis ^h comprendre comment on peut dire que cela est conforme au plan. Une telle conclusion équivaldrait à ne tenir aucun compte des dispositions soigneusement conçues qui ont été adoptées par ⁱ l'assemblée législative pour assurer la participation des citoyens aux décisions de planification qui ont un effet sur le caractère de la collectivité dans laquelle ils vivent.

Je conclus que la ville a été empêchée d'adopter le règlement de zonage en question et doit s'occuper de modifier le plan.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal and restore the decision of Schwartz J., with costs throughout.

Appeal dismissed with costs, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ and CORY JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Solicitors for the respondents: Taylor, McCaffrey, Chapman, Winnipeg.

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge Schwartz, avec dépens dans toutes les cours.

a Pourvoi rejeté avec dépens, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ et CORY sont dissidents.

b Procureurs de l'appelante: Public Interest Law Centre, Winnipeg.

Procureurs des intimés: Taylor, McCaffrey, Chapman, Winnipeg.

**Save Richmond Farmland Society, Marion
Linda Smith and George Alexander Taylor**
Appellants

v.

**The Corporation of the Township of
Richmond, The Council of the Corporation of
the Township of Richmond, Hugh Mawby,
Progressive Construction Ltd., Tempo
Construction Ltd., Conway Richmond Ltd.,
Fraserview Construction Ltd., L. Horii
Const. Ltd., First City Development Corp.
Ltd. and Olga Ilich** *Respondents*

INDEXED AS: SAVE RICHMOND FARMLAND SOCIETY v.
RICHMOND (TOWNSHIP)

File No.: 21423.

1990: May 1; 1990: August 16*.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

*Municipal law — Municipal corporations — Public
hearing on rezoning by-law — Bias or apprehended
bias — Alderman favouring rezoning by-law stating
publicly that he would attend public hearings but that
he would not change his mind — Whether alderman's
conduct raises a reasonable apprehension of bias —
Whether alderman disqualified from voting on final
reading of by-law — Validity of by-law — Municipal
Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 956.*

An alderman who campaigned for office on a plat-
form favouring residential development of certain
agricultural lands within the Township voted in favour
of two zoning by-laws enacted by the Council and
subsequently declared invalid by the court on technical
grounds. When a new by-law was introduced to achieve
the same purpose, the alderman was reported to have
stated publicly that he would not change his mind
regardless of what was said at the public hearings
required to be held under s. 956 of the *Municipal Act*.
There was other evidence to the effect that he had also

* Reasons delivered December 20, 1990.

** Chief Justice at the time of hearing.

*** Chief Justice at the time of judgment.

**Save Richmond Farmland Society, Marion
Linda Smith et George Alexander Taylor**
Appellants

a c.

**The Corporation of the Township of
Richmond, The Council of the Corporation of
the Township of Richmond, Hugh Mawby,
Progressive Construction Ltd., Tempo
Construction Ltd., Conway Richmond Ltd.,
Fraserview Construction Ltd., L. Horii
Const. Ltd., First City Development Corp.
Ltd. et Olga Ilich** *Intimés*

c RÉPERTORIÉ: SAVE RICHMOND FARMLAND SOCIETY c.
RICHMOND (CANTON)

N° du greffe: 21423.

1990: 1^{er} mai; 1990: 16 août*.

d Présents: Le juge en chef Dickson**, le juge en
chef Lamer*** et les juges Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et
McLachlin.

e EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit municipal — Municipalités — Audience publi-
que relative à un règlement modifiant le zonage —
Partialité ou crainte de partialité — Un conseiller qui
appuyait le règlement modifiant le zonage a déclaré
publiquement qu'il serait présent aux audiences publi-
ques mais qu'il ne changerait pas d'avis — La conduite
du conseiller soulève-t-elle une crainte raisonnable de
partialité? — Le conseiller était-il inhabile à voter lors
de la lecture finale du règlement? — Validité du règle-
ment — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290,
art. 956.*

Un conseiller qui a fait campagne en se prononçant en
faveur de l'aménagement résidentiel de certaines terres
agricoles dans le canton a voté en faveur de deux
règlements de zonage adoptés par le conseil et par la
suite déclarés invalides par la cour pour des motifs de
procédure. Lorsqu'un nouveau règlement a été présenté
avec le même objectif, le conseiller aurait déclaré publi-
quement qu'il ne changerait pas d'avis peu importe ce
qui serait dit aux audiences publiques prescrites par
l'art. 956 de la *Municipal Act*. D'autres éléments de
preuve ont été présentés selon lesquels il avait également

* Motifs prononcés le 20 décembre 1990.

** Juge en chef à la date de l'audition.

*** Juge en chef à la date du jugement.

stated that he would listen attentively to the proceedings. In a subsequent interview he is stated to have said that he favoured the rezoning of the land and that it would take something significant to change his mind. During the hearing, objections were raised to the alderman's continued participation on the ground that he had predetermined the issue but he did not reply to the objections. Following the hearing and second reading of the proposed by-law, the appellants petitioned, unsuccessfully, under the *Judicial Review Procedure Act* to prohibit the alderman from voting on the by-law or participating in the process of its consideration. The alderman participated in the vote, which passed by a five-to-four margin. The appellants' appeal to the British Columbia Court of Appeal was dismissed.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.: A member of a municipal council is not disqualified by reason of his bias unless he has prejudged the matter to be decided to the extent that he is no longer capable of being persuaded: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. The relevant test, therefore, is whether the alderman in fact had a closed mind. The alderman had not reached a final opinion which could not have been dislodged, and, accordingly, he was not disqualified by bias.

Per Lamer C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ.: A closed mind, provided that it is not corrupt, should not disentitle an alderman from participating in the decision-making process in circumstances like the present. Section 956 of the *Municipal Act* should not be interpreted as meant to apply in exactly the same way to all matters it covers but, rather, should be viewed as sufficiently flexible to allow the appropriate standards of fairness to be applied to the particular circumstances. In this case, the rezoning was initiated by Council and driven by policy. The standard of fairness mandated by s. 956 placed on Council members little more than the obligation of ensuring that due notice was given to those who stood to be affected, as well as a reasonable opportunity to express their views. A community plan, or a comprehensive zoning by-law, represents a general statement of the broad objectives and policies of the local government respecting the form and character of existing and proposed land use, and the adoption of such a measure is less a judicial process than a legislative one. The aldermen who participate in such a process should

déclaré qu'il suivrait attentivement les délibérations. Dans une entrevue subséquente, il aurait dit qu'il appuyait le nouveau zonage du bien-fonds et qu'il faudrait quelque chose d'important pour le faire changer d'avis. Au cours de l'audience, on s'est opposé à ce que le conseiller continue d'y participer pour le motif qu'il avait déjà préjugé la question, mais il n'a pas répondu aux objections. Après l'audience et la deuxième lecture du règlement, les appelants ont présenté sans succès, une requête aux termes de la *Judicial Review Procedure Act* dans le but d'interdire au conseiller de voter sur le règlement ou de participer à son examen. Le conseiller a participé au vote par lequel le règlement a été adopté à une majorité de cinq contre quatre. L'appel interjeté par les appelants à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a été rejeté.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin: Un membre d'un conseil municipal n'est pas inhabile pour cause de partialité à moins qu'il n'ait préjugé la question qui doit être tranchée au point de ne plus pouvoir être convaincu: *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Par conséquent, le critère applicable est de savoir si le conseiller avait effectivement l'esprit fermé. Le conseiller n'avait pas formé une opinion finale et irrévocable et, en conséquence, il n'était pas inhabile pour cause de partialité.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest et L'Heureux-Dubé: Un esprit fermé, pourvu qu'il ne soit pas corrompu, ne rend pas un conseiller municipal inhabile à participer au processus décisionnel dans des circonstances comme les présentes. On ne doit pas interpréter l'art. 956 de la *Municipal Act* comme s'il devait s'appliquer exactement de la même façon à toutes les questions qu'il vise, mais il faut plutôt l'interpréter comme étant assez souple pour permettre l'application des normes d'équité appropriées aux circonstances particulières. En l'espèce, la modification de zonage a été présentée par le conseil et motivée par une politique. La norme d'équité prescrite par l'art. 956 impose aux conseillers rien de plus que l'obligation de veiller à ce qu'un avis suffisant soit donné à ceux qui sont réellement touchés et de leur accorder une possibilité raisonnable d'exprimer leurs opinions. Un plan d'urbanisme ou un règlement de zonage global représente un énoncé général des objectifs et des politiques d'ensemble du gouvernement local concernant la forme et le caractère de l'utilisation actuelle et projetée des terrains. L'adoption d'une telle mesure relève moins du processus judiciaire que du processus législatif. Les conseillers municipaux qui participent à un tel processus devraient être considé-

be viewed not as judges but as elected representatives who are answerable to the concerns of their constituents.

rés non pas comme des juges, mais comme des représentants élus qui doivent répondre aux préoccupations de leurs électeurs.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; **referred to:** *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369.

Jurisprudence

^a Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; **arrêts mentionnés:** *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

By La Forest J.

Citée par le juge La Forest

Referred to: *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170; *Karamanian v. Richmond* (1982), 38 B.C.L.R. 106; *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405; *Lower Hutt City Council v. Bank*, [1974] 1 N.Z.L.R. 545; *Wollen v. Borough of Fort Lee*, 142 A.2d 881 (1958); *Regina v. Amber Valley District Council, Ex parte Jackson*, [1985] 1 W.L.R. 298; *Martineau v. Matsqui Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653.

^c **Arrêts mentionnés:** *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170; *Karamanian v. Richmond* (1982), 38 B.C.L.R. 106; *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405; *Lower Hutt City Council v. Bank*, [1974] 1 N.Z.L.R. 545; *Wollen v. Borough of Fort Lee*, 142 A.2d 881 (1958); *Regina v. Amber Valley District Council, Ex parte Jackson*, [1985] 1 W.L.R. 298; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653.

Statutes and Regulations Cited

Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 945(1) [en. 1985, c. 79, s. 8; am. 1987, c. 14, s. 11], 949(2) [en. 1985, c. 79, s. 8; am. 1987, c. 14, s. 14], 956(1), (2), (3) [en. 1985, c. 79, s. 8], 959(2) [en. 1985, c. 79, s. 8].

Township of Richmond By-laws 4700, 5110, 5115, 5300.

Lois et règlements cités

Canton de Richmond, règlements 4700, 5110, 5115, 5300.

^f *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 209.
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 945(1) [ad. 1985, ch. 79, art. 8; mod. 1987, ch. 14, art. 11], 949(2) [ad. 1985, ch. 79, art. 8; mod. 1987, ch. 14, art. 14], 956(1), (2), (3) [ad. 1985, ch. 79, art. 8], 959(2) [ad. 1985, ch. 79, art. 8].

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 49, 43 M.P.L.R. 88, 57 D.L.R. (4th) 278, 36 Admin. L.R. 155, affirming a judgment of Prowse J. dismissing a petition for prohibition. Appeal dismissed.

^g POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 49, 43 M.P.L.R. 88, 57 D.L.R. (4th) 278, 36 Admin. L.R. 155, qui a confirmé un jugement du juge Prowse qui avait rejeté une requête en prohibition. Pourvoi rejeté.

Thomas R. Berger and Marcus Bartley, for the appellants.

Thomas R. Berger et Marcus Bartley, pour les appelants.

Raymond E. Young and F. T. Williamson, for the respondents The Corporation of the Township of Richmond, The Council of the Corporation of the Township of Richmond and Hugh Mawby.

ⁱ *Raymond E. Young et F. T. Williamson*, pour les intimés The Corporation of the Township of Richmond, The Council of the Corporation of the Township of Richmond et Hugh Mawby.

Cecil O. D. Branson, Q.C., and *F. E. Verhoeven*, for the respondents Progressive Construction Ltd.,

^j *Cecil O. D. Branson, c.r.*, et *F. E. Verhoeven*, pour les intimés Progressive Construction Ltd.,

Tempo Construction Ltd., Conway Richmond Ltd., Fraserview Construction Ltd., L. Horii Construction Ltd., First City Development Corp. Ltd. and Olga Ilich.

The judgment of Dickson C.J. and Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal raises the issue as to whether a municipal alderman is disqualified by reason of a reasonable apprehension of bias. It was heard along with *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170. This appeal was dismissed by judgment released August 16, 1990, reasons to follow. These reasons are released concurrently with judgment in *Old St. Boniface Residents Assn.*

Facts

The dispute in this case is over the fate of certain lands, known as Terra Nova, within the Township of Richmond. The appellants challenge the validity of By-law 5300, which purports to convert part of Terra Nova from agricultural to predominantly residential zoning. As suggested by its name, the appellant Save Richmond Farmland Society, along with the individual appellants, seeks to maintain Terra Nova as farmland, and is opposed to residential development of the land. The acts with which this appeal is most concerned are those of the respondent Alderman Hugh Mawby.

It is clear from the evidence that the development of Terra Nova is a contentious and divisive issue in Richmond politics. It has been for many years zoned for agricultural use. In December 1986, the Richmond Official Community Plan, By-law 4700, was adopted. Pursuant to s. 945(1) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, “[a] community plan is a general statement of the broad objectives and policies of the local government respecting the form and character of existing and proposed land use and servicing requirements in the area covered by the plan”. By-law 4700 designated the Terra Nova as “residential reserve”. A community plan does not alter zoning.

Tempo Construction Ltd., Conway Richmond Ltd., Fraserview Construction Ltd., L. Horii Construction Ltd., First City Development Corp. Ltd. et Olga Ilich.

^a Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Wilson, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin rendu par

^b LE JUGE SOPINKA—Le présent pourvoi soulève la question de savoir si un conseiller municipal est inhabile en raison d’une crainte raisonnable de partialité. L’espèce a été entendue en même temps que le pourvoi *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170. Le présent pourvoi a été rejeté dans un jugement rendu le 16 août 1990 qui mentionnait que les motifs suivraient. Ces motifs sont rendus en même temps que l’arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface*.

Les faits

^e Le litige en l’espèce porte sur le sort réservé à certains biens-fonds connus sous le nom de Terra Nova dans le canton de Richmond. Les appelants contestent la validité du règlement 5300 qui vise à modifier le zonage agricole d’une partie de Terra Nova en zonage principalement résidentiel. Comme son nom le laisse entendre, l’appelante Save Richmond Farmland Society, comme les personnes appelantes, cherche à conserver le caractère agricole de Terra Nova et est opposée à l’aménagement du terrain à des fins résidentielles. Les actes ^f que vise principalement le présent pourvoi sont ceux du conseiller intimé Hugh Mawby.

^g Il ressort clairement de la preuve que le projet de Terra Nova est une question litigieuse qui crée des dissensions dans la vie politique de Richmond. Ce bien-fonds fait l’objet d’un zonage agricole depuis de nombreuses années. En décembre 1986, le règlement 4700, qui constitue le plan d’urbanisme officiel de Richmond, a été adopté. Aux ^h termes du par. 945(1) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, [TRADUCTION] «[un] plan d’urbanisme est un énoncé général des objectifs et des politiques d’ensemble du gouvernement local concernant la forme et le caractère de l’affectation ⁱ actuelle et proposée d’un bien-fonds et des exigences en matière de services du secteur visé par le

A plan's legal effect is that, pursuant to s. 949(2), by-laws enacted after the adoption of an official community plan "shall be consistent with the relevant plan". Alderman Mawby was a Council member at the time and voted in favour of By-law 4700.

The fate of Terra Nova was the main issue in the most recent municipal election in 1987. That election left the composition on the Municipal Council at a five-to-four split in favour of development. All Council votes relevant to this case have followed this division.

On September 26, 1988, the Municipal Council adopted By-laws 5110 and 5115 which had the purported effect of converting approximately 220 acres of Terra Nova from agricultural to predominantly residential zoning. Alderman Mawby chaired the public hearings on the by-laws, which occupied some 40 hours over 11 days. He voted in favour of the two proposed by-laws. The by-laws were subsequently set aside by the Supreme Court of British Columbia because of a failure to comply with notice provisions of the *Municipal Act*.

On November 22, 1988, shortly before By-laws 5110 and 5115 were declared void, the Council introduced By-law 5300, which is the focus of this appeal. It is a comprehensive zoning by-law for the entire municipality of Richmond. It was initiated by Council on the recommendation of municipal planning staff to consolidate all previous zoning regulations. It repeals all zoning by-laws previously in force. Among other things, By-law 5300 maintains the residential zoning of Terra Nova. Since By-laws 5110 and 5115 were set aside, if it is valid By-law 5300 has the effect of rezoning Terra Nova.

Alderman Mawby did not chair the hearing held on By-law 5300. He attended all sessions, which

plan». Le règlement 4700 désignait Terra Nova comme [TRADUCTION] «réserve résidentielle». Un plan d'urbanisme ne modifie pas le zonage. Un plan a pour effet juridique que, aux termes du par. 949(2), les règlements adoptés après l'adoption d'un plan d'urbanisme officiel [TRADUCTION] «doivent être conformes au plan pertinent». Le conseiller Mawby était membre du conseil à l'époque visée et a voté en faveur du règlement 4700.

La plus récente élection municipale tenue en 1987 a porté principalement sur le sort de Terra Nova. Depuis cette élection, le conseil municipal se compose de cinq membres en faveur du projet contre quatre qui s'y opposent. Tous les votes du conseil relativement à cette affaire se sont partagés de cette manière.

Le 26 septembre 1988, le conseil municipal a adopté les règlements 5110 et 5115 qui étaient censés avoir pour effet de transformer le zonage agricole d'environ 220 acres de Terra Nova en zonage principalement résidentiel. Le conseiller Mawby a présidé les audiences publiques relatives aux règlements qui se sont déroulées pendant quelque 40 heures réparties sur une période de 11 jours. Il a voté en faveur des deux projets de règlement. Par la suite, les règlements ont été annulés par la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour cause de non-conformité avec les dispositions de la *Municipal Act* en matière d'avis.

Le 22 novembre 1988, peu avant l'annulation des règlements 5110 et 5115, le conseil a présenté le règlement 5300 sur lequel porte le présent pourvoi. Il s'agit d'un règlement de zonage général qui vise l'ensemble de la municipalité de Richmond. Ce règlement, conçu par le conseil à la recommandation des urbanistes municipaux, constitue une refonte de tous les règlements de zonage précédents. Il abroge tous les règlements de zonage auparavant en vigueur. Le règlement 5300 a notamment pour effet de conserver le zonage résidentiel de Terra Nova. Étant donné que les règlements 5110 et 5115 ont été annulés, s'il est valide, le règlement 5300 a pour effet de prescrire un nouveau zonage pour Terra Nova.

Le conseiller Mawby n'a pas présidé l'audience tenue au sujet du règlement 5300. Il a assisté à

amounted to some 57 hours over 12 days. It is relevant to note that under s. 959(2) a member of Council need not be present at the hearing to vote on the by-law, so long as an oral or written report of the hearing is given to the member by an officer or employee of the Council. The public hearing on By-law 5300 began on December 19, 1988 after first reading of the by-law. Shortly after, an article appeared in the Richmond News which read as follows.

MAWBY WON'T CHANGE MIND

The public hearing on Richmond's proposed new comprehensive zoning bylaw opened Monday night and is expected to extend over many nights into the New Year.

Rezoning of the Terra Nova area in the northwest corner of Lulu Island is expected to dominate proceedings, but one municipal council member, Alderman Hugh Mawby, says he won't change his mind regardless of what is said at the hearing. He was chairman of the public hearing on Terra Nova that stretched over eleven nights earlier this year and eventually resulted in two Terra Nova bylaws that were ruled invalid by B.C. Supreme Court.

The article was based on a telephone interview conducted on or close to December 16, 1988. The editor who wrote the article made an affidavit filed in these proceedings which stated that the article truly reports what Alderman Mawby told him. It also includes the following:

7. THAT Alderman Mawby further stated to me that although he would not change his mind on the Terra Nova project, he would listen attentively to the public hearing proceedings.

On January 2, 1989, Alderman Mawby participated on the Dave Abbott television show, together with the host, Don Cummings (President of the Save Richmond Farmland Society) and four telephone callers. He advocated the residential rezoning of Terra Nova. He was asked whether the rezoning of Terra Nova was a *fait accompli*. He made the following response.

toutes les séances qui ont duré pendant environ 57 heures réparties sur 12 jours. Il convient de souligner que, aux termes du par. 959(2), il n'est pas nécessaire qu'un membre du conseil soit présent à l'audience pour voter sur le règlement, pourvu qu'un rapport verbal ou écrit lui soit donné par un fonctionnaire ou employé du conseil. L'audience publique relative au règlement 5300 a commencé le 19 décembre 1988 après la première lecture du règlement. Peu après, l'article suivant a paru dans le Richmond News:

[TRADUCTION] MAWBY NE CHANGERA PAS D'AVIS

L'audience publique relative au projet de nouveau règlement de zonage général de Richmond a débuté lundi soir et on s'attend à ce qu'elle se poursuive pendant de nombreuses soirées et se prolonge dans la nouvelle année.

On s'attend à ce que les délibérations portent principalement sur le nouveau zonage du secteur de Terra Nova dans le coin nord-ouest de l'île Lulu, mais un membre du conseil municipal, le conseiller Hugh Mawby, a dit qu'il ne changerait pas d'avis peu importe ce qui sera dit à l'audience. Il a présidé l'audience publique relative à Terra Nova qui a duré onze soirées plus tôt cette année et qui a finalement abouti à deux règlements concernant Terra Nova qui ont été jugés non valides par la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

L'article était fondé sur une entrevue téléphonique accordée le 16 décembre 1988 ou vers cette date. Le journaliste qui a rédigé l'article a présenté un affidavit, qui a été produit dans les présentes procédures, selon lequel l'article rapporte véritablement ce que le conseiller Mawby lui a dit. On y précise également ce qui suit:

[TRADUCTION] 7. QUE le conseiller Mawby m'a en outre dit que, bien qu'il ne changerait pas d'avis au sujet du projet Terra Nova, il suivrait attentivement l'audience publique.

Le 2 janvier 1989, le conseiller Mawby a participé à l'émission télévisée de Dave Abbott, avec l'animateur, Don Cummings (président de Save Richmond Farmland Society) et quatre interlocuteurs téléphoniques. Il a parlé en faveur du nouveau zonage résidentiel de Terra Nova. On lui a demandé si le nouveau zonage de Terra Nova était un fait accompli. Il a répondu de la manière suivante:

David, I can't make that comment, and I think I made that very clear to you. We are in a public hearing. We are still listening. And I have several things which I think would help. And I made a note of them, because I thought in fairness, because we're in public hearings and we don't want in any way to jeopardize those public hearings and if somebody, and I put it down to this, I said the sort of things that would make—help people change their minds, and maybe, maybe there is—one of the other aldermen from the Civic New Democrats might change his mind if the evidence was conclusive enough for them, the same as it may be conclusive enough for me. First of all, I made a decision back in June, and I'm prepared to live with the political ramifications of that, to support development on Terra Nova. Now by some small, and I say very small, piece in the advertising, technicality, we have got to review it again. So what is needed, there is already decision made of Council. Five people have said we favour development. Four have said no. So what the four or the five need to change their mind is something significant. And I would suggest that that new evidence would have to come from—

On January 6, 1989, an article appeared in another local newspaper, the Richmond Times. It read in part:

Unlike the first three nights of the hearing back in December, opposing aldermen did not quarrel among themselves, but Ald. Hugh Mawby found himself the target of several attacks by the anti-developers.

Robert Bedluk, quoting a local newspaper, said Mawby had publicly stated his stand on Terra Nova before the conclusion of the hearing.

Saying Mawby had no choice but to disqualify himself from the rest of the hearing, Bedluk said, "any judge in any court of law would disqualify a jurist" under the same circumstances.

Doubts were also raised about Mawby's ability to remain impartial after he appeared on a television talk show to discuss Terra Nova January 2.

In an interview with The Times, the alderman said both incidents had been misconstrued. The newspaper, he said, had "misquoted me and taken what I said completely out of context."

[TRADUCTION] David, je ne puis répondre de cette manière, et je crois vous l'avoir dit clairement. Nous tenons une audience publique. Nous sommes encore à l'écoute de la population. De plus je dispose de plusieurs arguments qui, à mon avis, pourraient être utiles. Et je les ai soulignés, parce que j'ai cru en toute équité, parce que nous tenons une audience publique et nous ne voulons d'aucune façon mettre en péril ces audiences publiques et si quelqu'un, et je le résume ainsi, si j'ai dit le genre de choses qui amèneraient—aideraient les gens à changer d'idée, et peut-être, peut-être que c'est le cas—un des autres conseillers des Civic New Democrats pourrait changer d'avis si les éléments de preuve étaient suffisamment concluants pour eux, comme ils peuvent être suffisamment concluants pour moi. Tout d'abord, j'ai pris la décision en juin dernier, et je suis prêt à en assumer les conséquences politiques, d'appuyer le projet de Terra Nova. Maintenant, en raison d'un petit, et j'ajoute très petit, élément dans la publicité, une formalité, nous devons l'examiner de nouveau. Alors, ce qui est nécessaire, le conseil a déjà pris une décision. Cinq personnes ont dit qu'elles étaient en faveur du projet. Quatre s'y sont opposées. Donc, ce qui est nécessaire pour que les quatre ou cinq personnes changent d'avis est quelque chose d'important. Et je suis d'avis que le nouvel élément doit venir —

Le 6 janvier 1989, un article a paru dans un autre journal local, le Richmond Times. En voici un extrait:

[TRADUCTION] Contrairement aux trois premières soirées de l'audience en décembre, les conseillers opposants ne se sont pas chamaillés entre eux, mais le conseiller Hugh Mawby a été la cible de plusieurs attaques des adversaires du projet.

Robert Bedluk, citant un journal local, a dit que Mawby avait publiquement pris position au sujet de Terra Nova avant la fin de l'audience.

Soulignant que Mawby n'avait d'autre choix que de se déclarer inhabile pour le reste de l'audience, Bedluk a dit, «un juge d'une cour de justice déclarerait un juriste inhabile» dans les mêmes circonstances.

On a également soulevé des doutes quand à la capacité de Mawby de demeurer impartial après qu'il eut participé à une émission-variétés télévisée pour discuter de Terra Nova le 2 janvier.

Dans une entrevue accordée au journal The Times, le conseiller a dit que les deux incidents avaient été mal interprétés. Le journal, a-t-il dit, «m'a mal cité et a cité mes déclarations complètement hors contexte.»

Mawby explained the newspaper interviewed him prior to the hearing, before the council members were required to sit as impartial judges.

"At that point, I told him I had heard nothing new that would make me change my mind," Mawby remarked, adding his television appearance did not compromise his position because the discussion was a "philosophical debate."

The respondents point out that two aldermen opposed to residential development of Terra Nova wrote a number of articles in local newspapers, setting out their views. One of them displayed a sign on the front lawn of his home which said "Save Terra Nova" and bore the telephone number of the Save Richmond Farmland Society.

On three occasions during the public hearing, Richmond residents raised the matter of the Richmond News article and objected to Alderman Mawby's continued participation in the hearing on the ground that he had predetermined the issue. Alderman Mawby did not reply to the objections. According to Alderman Mawby's affidavit, the practice of the Council at the hearings was to listen to the views of the public and ask questions, but not actively to debate the merits of By-law 5300 with members of the public.

Following the hearing and second reading, the appellants launched a petition under the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, to prohibit Alderman Mawby from voting on By-law 5300 or participating in the process of its consideration. The petition was heard and dismissed by Prowse J. on February 13, 1989. The third reading took place shortly thereafter. Alderman Mawby participated in the vote, and the by-law again passed by a five-to-four margin. The appellants appealed to the Court of Appeal. The fourth reading of the by-law, the reconsideration stage, was deferred pending the appeal. The Court of Appeal dismissed the appeal March 23, 1989: 36 B.C.L.R. (2d) 49.

Fourth reading was scheduled for April 3, 1989. By letter dated March 28, 1989, the appellants

Mawby a expliqué que le journal l'a interviewé avant l'audience, avant que les membres du conseil ne soient appelés à siéger à titre de juges impartiaux.

Mawby a fait remarquer qu'«à ce moment-là, je lui ai dit que je n'avais rien entendu de nouveau qui me ferait changer d'avis,» ajoutant que sa présence à la télévision n'avait pas compromis sa position parce que la discussion était un «débat philosophique».

Les intimés ont souligné que deux conseillers qui s'opposaient au projet d'aménagement résidentiel de Terra Nova avaient rédigé un certain nombre d'articles dans les journaux locaux pour exposer leurs opinions. L'un d'eux a installé un panneau sur la pelouse devant sa maison sur lequel étaient inscrits les mots [TRADUCTION] «Sauvons Terra Nova», de même que le numéro de téléphone de Save Richmond Farmland Society.

À trois reprises pendant l'audience publique, les résidents de Richmond ont soulevé la question de l'article du Richmond News et se sont opposés à ce que le conseiller Mawby continue de participer à l'audience pour le motif qu'il avait préjugé la question. Le conseiller Mawby n'a pas répondu aux oppositions. Selon l'affidavit du conseiller Mawby, le conseil avait coutume lors des audiences d'écouter les opinions exprimées par le public et de poser des questions, mais non de débattre activement le bien-fondé du règlement 5300 avec des membres du public.

Après l'audience et la deuxième lecture, les appellants ont présenté une requête aux termes de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 209, visant à interdire au conseiller Mawby de voter sur le règlement 5300 ou de participer au processus de son examen. La requête a été entendue et rejetée par le juge Prowse le 13 février 1989. La troisième lecture a eu lieu peu après. Le conseiller Mawby a participé au vote et le règlement a de nouveau été adopté à une majorité de cinq contre quatre. Les appelants ont interjeté appel à la Cour d'appel. La quatrième lecture du règlement, l'étape du réexamen, a été reportée en attendant l'issue de l'appel. La Cour d'appel a rejeté l'appel le 23 mars 1989: 36 B.C.L.R. (2d) 49.

La quatrième lecture devait avoir lieu le 3 avril 1989. Par lettre datée du 28 mars 1989, les appe-

requested that this Court convene on April 3, 1989, to consider an application for leave to appeal and interim relief to restrain the Council from proceeding with fourth reading. The Court declined to convene and no further request for interim relief was made. The Council adopted By-law 5300 on April 3, by a five-to-four margin. Since then, development permits and building permits have been issued, and some construction is in progress. On May 1, 1989, a new petition was filed with the Supreme Court of British Columbia seeking a declaration that By-law 5300 or the parts of it relevant to Terra Nova were without legal effect, on the same facts as the within appeal. These proceedings were dismissed by the Supreme Court and the Court of Appeal. Any appeal to this Court is now out of time.

Legislation

The Council is under a statutory obligation to hold hearings on a proposed zoning by-law, pursuant to the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 956:

956. (1) Subject to subsection (4), a local government shall not adopt a community plan bylaw, rural land use bylaw or zoning bylaw without holding a public hearing on the bylaw for the purpose of allowing the public to make representations to the local government respecting matters contained in the proposed bylaw.

(2) The public hearing shall be held after first reading of the bylaw and before third reading.

(3) At a public hearing all persons who believe that their interest in property is affected by the proposed bylaw shall be afforded a reasonable opportunity to be heard or to present written submissions respecting matters contained in the bylaw that is the subject of the hearing.

Issues

1. *Bias*

Was Alderman Mawby disqualified by bias from participating in the decision with respect to By-law 5300?

lants ont demandé à notre Cour de se réunir le 3 avril 1989 pour examiner une demande d'autorisation de pourvoi et de redressement provisoire visant à empêcher le conseil de procéder à la quatrième lecture. La Cour a refusé de se réunir et aucune autre demande de redressement provisoire n'a été présentée. Le conseil a adopté le règlement 5300 le 3 avril par un vote de cinq contre quatre. Depuis ce temps les permis d'aménagement et les permis de construction ont été délivrés et certains travaux de construction sont en cours. Le 1^{er} mai 1989, une nouvelle requête a été présentée à la Cour suprême de la Colombie-Britannique en vue d'obtenir un jugement déclarant que le règlement 5300 ou les parties de celui-ci qui se rapportent à Terra Nova étaient sans effet juridique, selon les mêmes faits que le présent pourvoi. Ces procédures ont été rejetées par la Cour suprême et par la Cour d'appel. Tout pourvoi à notre Cour est maintenant hors délai.

Les textes législatifs

Le conseil est obligé de tenir des audiences concernant un projet de règlement de zonage, en vertu de l'art. 956 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290:

[TRADUCTION] 956. (1) Sous réserve du paragraphe (4), un gouvernement local ne doit pas adopter un règlement en matière de plan d'urbanisme, d'utilisation de terres agricoles ou de zonage sans tenir une audience publique à ce sujet de manière à permettre au public de présenter des observations au gouvernement local concernant les questions contenues dans le projet de règlement.

(2) L'audience publique est tenue après la première lecture du règlement et avant la troisième lecture.

(3) Lors d'une audience publique, toutes les personnes qui sont d'avis que le projet de règlement a un effet sur leur intérêt dans un bien doivent avoir une possibilité raisonnable d'être entendues ou de présenter des arguments écrits concernant des questions visées dans le règlement qui fait l'objet de l'audience.

Les questions en litige

1. *La partialité*

Le conseiller Mawby était-il inhabile, pour cause de partialité, à participer à la décision relative au règlement 5300?

2. Remedy

In view of the conclusion which I have reached, it will not be necessary to consider this issue.

Decisions Below

Supreme Court of British Columbia

Prowse J. noted that cases have held municipal councils must act in a quasi-judicial manner in some of their functions: *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] S.C.R. 512. As By-law 5300 was a wide-ranging by-law, initiated by the Council, she was satisfied that the Council was acting in a legislative capacity in conducting its public hearings on the by-law.

In carrying out its function the Council must afford the public “a reasonable opportunity to be heard”. In so doing, the Council must be free from “disabling” bias. The test for disabling bias is reasonable apprehension of bias, set out in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. Prowse J. stated that the test was whether an informed person viewing the matter realistically and practically and having thought the matter through would conclude that members of Council had no intention of considering the submissions put before them.

After reviewing the facts Prowse J. stated her conclusion thus:

Alderman Mawby has walked as close to the line of reasonable conduct in this situation as one could walk without falling into the abyss. He has jeopardized his role as a member of Council on this important issue and, in so doing, has jeopardized the rights of the constituents who elected him to have him participate in the democratic process. He has been careless in his choice of words, and has caused a great uproar which need never have occurred. But I am unable to conclude, on balance, that in the context of the political process, and, in particular, in the context of the protracted dispute over Bill [sic] 5300, that he has created a reasonable appre-

2. Le redressement

Compte tenu de la conclusion à laquelle je suis arrivé, il ne sera pas nécessaire d'examiner cette question.

Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

Cour suprême de la Colombie-Britannique

Le juge Prowse a fait remarquer que la jurisprudence établit que les conseils municipaux doivent agir d'une manière quasi judiciaire en exerçant certaines de leurs fonctions: *Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg*, [1965] R.C.S. 512. Comme le règlement 5300 était un règlement de portée générale, présenté par le conseil, elle était convaincue que le conseil exerçait un pouvoir législatif en tenant ses audiences publiques relatives au règlement.

Dans l'exercice de sa fonction, le conseil doit donner au public [TRADUCTION] «une possibilité raisonnable d'être entendu». Ce faisant, le conseil ne doit pas faire preuve de partialité «entraînant l'incapacité». Le critère qui permet d'établir l'existence de la partialité entraînant l'incapacité est celui de la crainte raisonnable de partialité énoncé dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. Le juge Prowse a dit que le critère était de savoir si une personne informée qui aurait examiné la question de façon réaliste et pratique et y aurait bien réfléchi aurait conclu que les membres du conseil n'avaient pas l'intention d'examiner les arguments qui leur étaient présentés.

Après avoir examiné les faits, le juge Prowse a conclu ceci:

[TRADUCTION] Le conseiller Mawby est passé aussi proche de la limite de la conduite raisonnable dans cette situation qu'il était possible de le faire sans tomber dans le précipice. Il a compromis son rôle de membre du conseil relativement à cette question importante et, ce faisant, il a compromis les droits qu'ont les contribuables qui l'ont élu de le voir prendre part au processus démocratique. Il a été imprudent dans le choix de ses mots et il a déclenché une énorme tempête de protestations qui n'aurait jamais dû survenir. Toutefois, je suis incapable de conclure, tout compte fait, que dans le contexte du processus politique et, en particulier, du conflit prolongé

hension of bias from the point of view of an informed observer having thought the matter through.

Precisely what he said, and the context in which it was said, is not as clear as it should be in order for me to conclude that Alderman Mawby had closed his mind against all argument. The fact that he attended the many nights and long hours of hearings is some indication to any observer that he was involved in the hearing process in a genuine way. [Emphasis added.]

Court of Appeal

The court received some fresh evidence tendered by both sides, including the transcript of the January 2 television show. The court unanimously dismissed the appeal, with reasons delivered by Lambert J.A. and Southin J.A. with the concurrence of Toy J.A.

Lambert J.A. took the view that s. 956 is sufficiently flexible to allow the appropriate standards of fairness to be applied to the particular circumstances of a hearing. He expressed the view that the appropriate standard required a councillor to retain the capacity to be influenced by persuasion by an argument that has not been heard and perhaps is unexpected. Applying this test, Lambert J.A. concluded, at p. 56:

In this case, Alderman Mawby had been elected. He had spoken out in the political arena about his views of the proper use of land throughout the municipality. He had been chairman of the first public hearing of by-laws 5100 [sic] and 5115 over the course of 40 hours. He had thought about the issues extensively. He was, to a large extent, covering the same ground all over again, the same ground on which he had already once been required to make up his mind. I think that what he was trying to say, or saying, in the course of the interview with the Richmond News was that it would take something very surprising to make him change his mind at that stage and that he did not expect to be surprised at that stage, but that he was going to attend the public hearings and he was going to see what happened. I reach that conclusion about what he was trying to say by taking together the report in the Richmond News, the affidavit of the editor of the Richmond News, Mr. Mawby's two affidavits, and the transcript of the television show. [Emphasis added.]

concernant le règlement 5300, il a créé une crainte raisonnable de partialité du point de vue d'un observateur informé qui a bien réfléchi à la question.

Ce qu'il a dit précisément et le contexte dans lequel il l'a dit n'est pas aussi clair qu'il faudrait pour me permettre de conclure que le conseiller Mawby était fermé à tout argument. Le fait qu'il ait assisté aux audiences pendant de longues soirées constitue une certaine indication pour un observateur qu'il était véritablement engagé dans le processus d'audience. [Je souligne.]

Cour d'appel

Les deux parties ont présenté à la cour de nouveaux éléments de preuve, dont la transcription de l'émission de télévision du 2 janvier. La cour a rejeté l'appel à l'unanimité, les juges Lambert et Southin, à l'avis duquel a souscrit le juge Toy, ont rédigé des motifs.

Le juge Lambert a adopté le point de vue selon lequel l'art. 956 est suffisamment souple pour permettre l'application des normes d'équité appropriées aux circonstances particulières d'une audience. Il a exprimé l'opinion que la norme appropriée consiste à exiger qu'un conseiller conserve la possibilité de pouvoir être influencé par un argument convaincant qui n'a pas déjà été entendu et qui est peut-être inattendu. Appliquant ce critère, le juge Lambert a conclu, à la p. 56:

[TRADUCTION] En l'espèce, le conseiller Mawby avait été élu. Il a exprimé franchement, dans l'arène politique, ses opinions sur la bonne utilisation des terrains dans la municipalité. Il a présidé la première audience publique relative aux règlements 5100 [sic] et 5115 qui a duré 40 heures. Il a bien réfléchi aux questions. Dans une large mesure, il en était à examiner la même question encore une fois, la même question à l'égard de laquelle il avait déjà dû se prononcer. Je crois que ce qu'il tentait de dire ou ce qu'il disait vraiment au cours de l'entrevue accordée au Richmond News était qu'il faudrait un argument très surprenant pour le faire changer d'avis à ce stade-là et qu'il ne s'attendait pas à être surpris à ce point, mais qu'il allait assister à l'audience publique et voir ce qui allait se produire. J'arrive à cette conclusion au sujet de ce qu'il voulait dire en examinant ensemble le compte-rendu dans le Richmond News, l'affidavit du rédacteur du Richmond News, les deux affidavits de M. Mawby et la transcription de l'émission de télévision. [Je souligne.]

Southin J.A., Toy J.A. concurring, wrote that a reasonable person would probably conclude that by the second public hearing Alderman Mawby had a closed mind. However, in her opinion, s. 956 does not require an open mind when the issue is a broad public policy issue such as a zoning by-law for the whole municipality. If the closed mind is the result not of corruption but of honest opinions strongly held then the cases on apprehension of bias are not applicable. Southin J.A. wrote, at p. 61:

In my view, the public life of British Columbia would be the poorer if in a matter of this kind a politician must keep an inscrutable face and a silent tongue not disclosing his strongly held opinions lest he be deprived of his vote. There should be no penalty for candour. However distasteful Mr. Mawby's opinions may be to a very large segment of the electors of Richmond, he is entitled to hold them and to express them by his vote at the council table.

Bias

Natural Justice: Application to Local Government Bodies

In *Old St. Boniface*, I concluded that a member of a municipal council was not disqualified by reason of bias unless he or she had prejudged the matter to be decided to the extent of being no longer capable of persuasion. This test is to be applied to this appeal.

Application

The judge of first instance found that Alderman Mawby had not closed his mind against all argument. This finding was supported by Lambert J.A. in the Court of Appeal and by the evidence. Southin and Toy J.J.A. opined that a reasonable person would conclude that he had a closed mind. As explained in *Old St. Boniface*, the relevant test is whether the Councillor had a closed mind, in fact. Applying this test, and on the evidence, I conclude that Alderman Mawby had not reached a final opinion on the matter which could not be dislodged. It follows that he was not disqualified by bias. It is not alleged in this appeal that the

Le juge Southin, à l'avis duquel a souscrit le juge Toy, a écrit qu'une personne raisonnable pourrait probablement conclure que, lors de la deuxième audience publique, il y avait chez le conseiller Mawby une absence d'ouverture d'esprit. Toutefois, à son avis, l'art. 956 n'exige pas une ouverture d'esprit devant une question d'intérêt public générale comme un règlement de zonage pour l'ensemble de la municipalité. Si l'absence d'ouverture d'esprit résulte non pas de la corruption mais d'opinions honnêtes et fermes, alors la jurisprudence sur la crainte raisonnable de partialité ne s'applique pas. Le juge Southin écrit, à la p. 61:

[TRADUCTION] À mon avis, la vie publique en Colombie-Britannique serait appauvrie si, dans une affaire de ce genre, un politicien devait conserver un visage impassible et garder le silence pour ne pas divulguer ses opinions fermes de crainte d'être privé de son droit de vote. La franchise ne devrait pas être pénalisée. Même si les opinions de M. Mawby peuvent déplaire à une très grande part des électeurs de Richmond, il a le droit de les avoir et de les exprimer par son vote à la table du conseil.

Partialité

Justice naturelle: application aux organismes gouvernementaux locaux

Dans l'arrêt *Vieux St-Boniface*, j'ai conclu qu'un membre d'un conseil municipal n'était pas inhabile pour cause de partialité à moins qu'il n'ait préjugé la question qui doit être tranchée au point de ne plus pouvoir être convaincu. Ce critère doit être appliqué au présent pourvoi.

Application

Le juge de première instance a conclu que le conseiller Mawby n'était pas fermé à tout argument. Cette conclusion a reçu l'appui du juge Lambert de la Cour d'appel et était étayée par la preuve. Les juges Southin et Toy étaient d'avis qu'une personne raisonnable conclurait qu'il avait l'esprit fermé. Comme l'explique l'arrêt *Vieux St-Boniface*, le critère pertinent est de savoir si le conseiller avait effectivement l'esprit fermé. Appliquant ce critère, je conclus que le conseiller Mawby n'avait pas formé une opinion finale et irrévocable sur la question. Il s'ensuit qu'il n'était pas inhabile pour cause de partialité. Il n'est pas

Alderman had any interest or relationship that would disqualify him on the basis of conflict of interest.

Disposition

As provided in the judgment of this Court released August 16, 1990, the appeal is dismissed with costs.

The reasons of Lamer C.J. and La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. were delivered by

LA FOREST J.—The issue in this appeal may be stated as follows:

Did the Court of Appeal err in law in holding that the municipal council and its members had no obligation, under s. 956 of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, to embark upon the hearing with an open mind?

This appeal was heard on the same day as *Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City)*, [1990] 3 S.C.R. 1170, issued concurrently. Both raise issues regarding the application of the rules of natural justice, or the duty to act fairly, to municipal councillors. As my colleague Justice Sopinka observes, the present appeal was dismissed earlier with reasons to follow.

Though I have reached the same conclusion as my colleague, I approach the issue differently and I have, therefore, prepared my own reasons. My colleague has set forth the facts, judicial history and applicable legislation and I can, therefore, proceed directly to an analysis of the issue.

Analysis

I underscore the fact that in this appeal it is clear that the municipality made a policy choice to emphasize the provision of housing rather than the preservation of agricultural land in that portion of the municipality called the Terra Nova lands. This necessitated a zoning change for the lands in ques-

allégué dans le présent pourvoi que le conseiller avait un intérêt ou un lien qui le rendrait inhabile pour cause de conflit d'intérêts.

a Dispositif

Selon le dispositif de l'arrêt de notre Cour rendu le 16 août 1990, le pourvoi est rejeté avec dépens.

b Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges La Forest et L'Heureux-Dubé rendus par

c LE JUGE LA FOREST—La question soulevée dans le présent pourvoi peut être énoncée de la manière suivante:

d La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en concluant que le conseil municipal et ses membres n'étaient pas obligés, aux termes de l'art. 956 de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, de tenir l'audience avec un esprit ouvert?

e Le présent pourvoi a été entendu le même jour que l'arrêt *Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170, qui est rendu simultanément. Ces deux affaires soulèvent des questions concernant l'application aux conseillers municipaux des règles de justice naturelle ou de l'obligation d'agir équitablement. Comme l'a fait remarquer mon collègue le juge Sopinka, le présent pourvoi a déjà été rejeté dans un jugement qui mentionnait que g les motifs suivraient.

h Bien que je sois arrivé à la même conclusion que mon collègue, j'aborde la question de manière différente et c'est pourquoi j'ai rédigé mes propres motifs. Mon collègue a exposé les faits, tracé l'historique judiciaire et énoncé les dispositions législatives applicables et je puis, par conséquent, analyser directement la question.

i Analyse

j Je souligne le fait que, dans le présent pourvoi, il est clair que la municipalité a fait le choix politique de mettre l'accent sur la construction domiciliaire plutôt que sur la conservation des terres agricoles dans cette partie de son territoire appelée les biens-fonds Terra Nova. Un changement de

tion, and, as is clear from s. 956 of British Columbia's *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, a statutory duty is placed on municipal councils to hold a public hearing prior to the adoption of a zoning by-law. The issue raised by this appeal is that of defining what standard of fairness is owed to the participants in this hearing process.

This poses the problem of defining in what capacity the council acts when conducting a zoning by-law hearing such as that mandated by the above-noted section. The appellant association, relying on *Karamanian v. Richmond* (1982), 38 B.C.L.R. 106 (S.C.), submitted that the council acts in a quasi-judicial capacity. The respondent municipality, stressing the high policy content of the decision to change the zoning of the lands in question, counters by suggesting that the council acts in its legislative capacity. I consider the implications of both alternatives.

If the association is indeed correct and the municipal council in this case was acting in a quasi-judicial capacity, the following passage from *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405 (Div. Ct.), at p. 414, may serve as a succinct statement of the duty of fairness that was owed by the councillors:

The fact is that the Legislature has required the hearing to be conducted by the very persons who are expected to have formed at least a tentative view, and to have made decisions to carry forward the plan at least to the stage where the formal closing of the roads is to take place. It must be assumed that the Legislature knew the functions, and the mode of developing such a project from its inception to the advanced stages, and nonetheless designated the Council as the body to hold the hearing. In these circumstances all that can be required of the Council is to put aside their tentative views individually and collectively, hear the objections, consider them honestly and fairly, see if they can be accommodated and then make the final decision.

On this standard, persons who stand to be affected by the decision will be entitled to object, and the courts to intervene, if council members by

zonage a été nécessaire pour les biens-fonds en question et comme il ressort clairement de l'art. 956 de la *Municipal Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 290, les conseils municipaux sont obligés, aux termes de la Loi, de tenir une audience publique avant d'adopter un règlement de zonage. La question soulevée dans le présent pourvoi porte sur la définition de la norme d'équité à laquelle ont droit les participants à ce processus d'audience.

Cela pose le problème de définir, en quelle qualité, le conseil agit-il lorsqu'il tient une audience relative à un règlement de zonage comme celle que prescrit l'article mentionné précédemment. L'association appelante, invoquant l'arrêt *Karamanian v. Richmond* (1982), 38 B.C.L.R. 106 (C.S.), a soutenu que le conseil agit d'une manière quasi judiciaire. La municipalité intimée, soulignant le contenu hautement politique de la décision de modifier le zonage des biens-fonds en question, a répliqué en laissant entendre que le conseil agit d'une manière législative. J'examine les conséquences de ces deux possibilités.

Si l'association a, en fait, raison et que le conseil municipal en l'espèce agissait d'une manière quasi judiciaire, l'extrait suivant de l'arrêt *Re McGill and City of Brantford* (1980), 111 D.L.R. (3d) 405 (C. div.), à la p. 414, peut servir d'énoncé succinct de l'obligation d'équité à laquelle étaient tenus les conseillers:

[TRADUCTION] Le fait est que le législateur a exigé que l'audition soit tenue par les mêmes personnes dont on s'attend à ce qu'elles aient formé au moins une opinion provisoire et qui ont pris la décision de faire avancer le plan au moins jusqu'au point de la fermeture officielle des routes. On doit supposer que le législateur connaissait les fonctions et le mode de développement d'un projet de ce genre depuis ses débuts jusqu'aux stades avancés, et qu'il a néanmoins choisi le conseil comme organisme chargé de tenir l'audition. Dans ces circonstances, tout ce qu'on peut demander au conseil, c'est qu'il mette de côté ses opinions provisoires, individuelles et collectives, qu'il écoute les objections, qu'il les étudie honnêtement et équitablement, qu'il voie s'il peut les accepter et qu'il prenne ensuite la décision finale.

D'après cette norme, les personnes susceptibles d'être touchées par la décision ont le droit de s'opposer et les cours de justice peuvent intervenir,

their words or actions raise a reasonable apprehension that they are entering the process with a closed mind. The association cites the following excerpt from the decision of the New Zealand Court of Appeal in *Lower Hutt City Council v. Bank*, [1974] 1 N.Z.L.R. 545, at p. 550, per McCarthy P.:

We think that the state of impartiality which is required is the capacity in a council to preserve a freedom, notwithstanding earlier investigations and decisions, to approach their duty of inquiring into and disposing of the objections without a closed mind, so that if considerations advanced by objectors bring them to a different frame of mind they can, and will go back on their proposals. As to the necessary appearance of impartiality, we think it must follow that if a public authority exhibits that it has undertaken in advance to exercise the power and duty expressly entrusted to it by the Legislature in a specific way which appears to obstruct the fair consideration and disposal of public rights, prohibition should normally issue.

On the respondent's view of the matter, the municipal council in this instance was not acting in a quasi-judicial, but rather legislative capacity. It therefore submits that allegations of bias, if by that one understands solely a "form of political predetermination", are entirely misplaced. It points to American authority, citing *Wollen v. Borough of Fort Lee* (1958), 142 A.2d 881 (N.J.S.C.). In that decision, on facts very similar to those in this appeal, three aldermen had publicly stated that they would vote in favour of a rezoning ordinance. The court held, at pp. 888-89:

But this is a democratic process; and it would be contrary to the basic principles of a free society to disqualify from service in the popular assembly those who had made pre-election commitments of policy on issues involved in the performance of their sworn legislative duties. Such is not the bias or prejudice upon which the law looks askance . . .

There is no showing of an abuse of power—no basis for the conclusion of arbitrary action. The course taken was in the pursuit of what was in good faith conceived to be the essential public interest after long and earnest study, aided by experiential advice of unquestionable validity.

si les membres du conseil, par leurs propos ou leurs actes, suscitent une crainte raisonnable qu'ils s'engagent dans le processus en ayant l'esprit fermé. L'association cite l'extrait suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande *Lower Hutt City Council v. Bank*, [1974] 1 N.Z.L.R. 545, à la p. 550, le président McCarthy:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que l'impartialité qui est exigée est l'aptitude d'un conseil de rester libre, nonobstant les enquêtes et les décisions précédentes, de remplir son obligation d'examiner les objections et de les régler sans avoir l'esprit fermé, de sorte que, si des arguments présentés par des opposants le font changer d'avis, il puisse revenir sur ses propositions et le fasse. Quant à l'apparence d'impartialité nécessaire, nous sommes d'avis que si une administration publique montre qu'elle a entrepris à l'avance d'exercer le pouvoir et la fonction, que le législateur lui a expressément conférés, d'une manière qui paraît s'opposer à l'examen et au règlement équitable des droits du public, un bref de prohibition devrait normalement être décerné.

Du point de vue de l'intimée, le conseil municipal en l'espèce n'agissait pas d'une manière quasi judiciaire, mais il exerçait plutôt une fonction législative. Par conséquent, elle soutient que les allégations de partialité, à supposer que cette expression vise seulement une «forme de prédétermination politique», sont entièrement déplacées. Elle souligne la jurisprudence américaine, citant l'arrêt *Wollen v. Borough of Fort Lee* (1958), 142 A.2d 881 (C.S.N.J.). Dans cet arrêt, d'après les faits qui sont très semblables à ceux de l'espèce, trois conseillers avaient publiquement déclaré qu'ils voteraient en faveur d'une nouvelle ordonnance de zonage. La cour a conclu, aux pp. 888 et 889:

[TRADUCTION] Toutefois il s'agit d'un processus démocratique, et il serait contraire aux principes fondamentaux d'une société libre de rendre inhabiles à siéger à l'assemblée populaire ceux qui ont pris des engagements de principe préélectorales sur des questions relatives à l'exercice de leurs fonctions législatives acceptées sous serment. Il ne s'agit pas de la partialité ou du préjugé dont se formalise le droit . . .

Il n'y a aucune indication d'abus de pouvoir—aucune raison de conclure à l'existence d'un acte arbitraire. La position qui a été adoptée correspondait à ce qui, de bonne foi, était considéré comme l'intérêt essentiel du public après une étude longue et approfondie, appuyée

We are not here concerned with the taint of self-interest in opposition to the public interest and welfare.

The Court of Appeal gave its imprimatur to this view of the matter: (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 49. Southin J.A. (Toy J.A. concurring) held that in processes such as the one under consideration, it would be unjust to find fault with municipal councillors who maintained a closed mind on the development issue. Councillor Mawby, reasoned Southin J.A., had campaigned in favour of the contested development, had been duly elected, and it lay with his constituents to affect his thinking through the political process. Accordingly short of any suggestions of impropriety that would support allegations of bad faith, reasonable apprehension of bias would have no application.

Lambert J.A., in his concurring judgment, took a more conventional view of the matter. He rejected the notion advanced by counsel for the municipality that it would be open to an alderman to state that “[m]y mind is made up; I cannot be influenced by persuasion; but the law requires me to be present and I will be present; and the law requires me to listen attentively and I will do so; but that is all”. Lambert J.A. reasoned, at p. 56:

There must be a degree of openmindedness; there must be a capacity to be influenced by persuasion. But provided that the alderman is not acting improperly in the sense of having been procured to vote in a certain way (of which there is no suggestion whatsoever in this case), and providing that he retains the capacity to be influenced by a yet unheard and perhaps unexpected argument, he or she will not be disqualified from participation in this particular process of zoning by-law consideration by attitudinal views of the kind that are inherent in the political nature of our form of municipal government

Lambert J.A. went on to conclude that here, on the facts, it could be said that Councillor Mawby, despite the remarks attributed to him by the media, did indeed maintain this degree of receptivity.

par des conseils fondés sur l’expérience et dont la validité est incontestable. En l’espèce, nous ne nous intéressons pas au vice de l’intérêt personnel par rapport à l’intérêt et au bien-être du public.

^a La Cour d’appel a souscrit à cette opinion sur la question: (1989), 36 B.C.L.R. (2d) 49. Le juge Southin (à l’avis duquel a souscrit le juge Toy) a conclu que, dans des procédures comme celles visées en l’espèce, il serait injuste de conclure que les conseillers municipaux qui sont restés sur leur position relativement à la question du projet ont commis une faute. Le juge Southin était d’avis que le conseiller Mawby avait fait campagne en faveur du projet contesté, qu’il avait été dûment élu et qu’il incombait à ses électeurs de le faire changer d’avis dans le cadre du processus politique. Par conséquent, en l’absence de toute insinuation d’irrégularité qui justifierait des allégations de mauvaise foi, la crainte raisonnable de partialité ne s’appliquerait pas.

^e Le juge Lambert, dans ses motifs concordants, a adopté une position plus conventionnelle à l’égard de la question. Il a rejeté la notion avancée par l’avocat de la municipalité selon laquelle un conseiller pourrait dire [TRADUCTION] «[m]on opinion est arrêtée; je ne puis être influencé par des arguments convaincants; mais la loi exige que je sois présent et je le serai; et la loi exige que j’écoute attentivement et c’est ce que je ferai; mais c’est tout». Le juge Lambert a dit, à la p. 56:

^g [TRADUCTION] Il doit y avoir un certain degré d’ouverture d’esprit; il doit y avoir une possibilité d’être influencé par des arguments convaincants. Toutefois, si le conseiller n’agit pas d’une manière irrégulière dans le sens d’avoir été amené à voter d’une certaine manière (et on ne laisse nullement entendre que c’est le cas en l’espèce), et s’il conserve la possibilité d’être influencé par un argument nouveau, voire inattendu, il ne sera pas rendu inhabile à participer à ce processus particulier d’examen d’un règlement de zonage par des dispositions d’esprit du genre de celles inhérentes à la nature politique de notre forme de gouvernement municipal

Le juge Lambert a ensuite conclu que, d’après les faits de l’espèce, on pouvait dire que le conseiller Mawby, malgré les remarques qui lui ont été attribuées par les médias, a en fait conservé ce degré de réceptivité.

On this last point, I think that Lambert J.A. is correct. It must be remembered that the council's initiative to rezone the lands was one that had polarized opinion in the respondent municipality. Aldermen had lined up both for and against the proposal, and an election was fought on the issue, with the pro-development camp emerging victorious. In short, both sides had strongly felt views and made no secret of them. It is true that Councillor Mawby was quoted in the press as saying that he would not change his mind. But Mawby claimed that his remarks were taken out of context, and during a television interview he also raised the possibility that arguments presented during the course of the public hearing might lead to a change of mind on his part or on the part of the anti-development forces. Consequently, even if this Court were to adopt the "amenable to persuasion" standard as the test for bias (the test proposed by Lambert J.A. and which, in essence, is the same standard as that put forward by the association), it follows that no order should issue that Alderman Mawby was not entitled to vote on By-law 5300.

"Amenable to Persuasion": A Valid Test?

Both judgments of the Court of Appeal are premised on the notion that it is an error, in the context of a rezoning application, to imply bias from the fact that a municipal councillor holds very firm and strongly stated views on the matter. The difference between the two approaches lies in the fact that Lambert J.A. would hold to the notion that having taken a firm position on a given proposal is not a licence to close one's mind entirely to being persuaded otherwise.

This sounds good in theory, but breaks down in practice. Southin J.A.'s approach might seem drastic but is the more realistic of the two. There is no way of gauging the "openness" of a person's mind, and indeed it would be pointless to attempt to do so. In the result, it seems to me that if this Court is to adopt the "amenable to persuasion"

À l'égard de ce dernier point, je suis d'avis que la position du juge Lambert est juste. Il convient de se rappeler que l'initiative du conseil visant à modifier le zonage des biens-fonds avait polarisé les opinions dans la municipalité intimée. Les conseillers municipaux s'étaient prononcés pour ou contre le projet et une élection portant sur la question avait entraîné la victoire des partisans du projet. Bref, des deux côtés, on avait des opinions très fermes et on ne le cachait pas. Il est vrai que la presse a rapporté que le conseiller Mawby avait dit qu'il ne changerait pas d'avis. Toutefois, Mawby a soutenu que ses remarques avaient été cités hors contexte et, au cours d'une entrevue télévisée, il avait également souligné la possibilité que des arguments présentés pendant l'audience publique entraînent un changement d'avis de sa part ou de la part de ceux qui s'opposent au projet. Par conséquent, même si notre Cour devait adopter la norme de la «possibilité d'être convaincu» comme critère de partialité (qui est le critère proposé par le juge Lambert et qui constitue essentiellement la même norme que celle proposée par l'association), il s'ensuit qu'il ne devrait y avoir aucune ordonnance portant que le conseiller Mawby n'était pas habilité à voter sur le règlement 5300.

f Le critère de la «possibilité d'être convaincu» est-il valide?

Les deux arrêts de la Cour d'appel sont fondés sur la notion qu'il est erroné, dans le cadre d'une demande de modification de zonage, de déduire qu'il y a partialité du fait qu'un conseiller municipal adopte avec force des opinions très fermes sur la question. La différence entre les deux positions réside dans le fait que le juge Lambert retiendrait la notion que le fait d'adopter une position ferme sur une proposition donnée ne permet pas de refuser complètement d'être convaincu d'une autre manière.

En théorie, cette position semble valable mais en pratique elle ne saurait tenir. La position du juge Southin pourrait sembler radicale mais c'est la plus réaliste des deux. Il n'y a aucune façon d'évaluer l'«ouverture d'esprit» d'une personne et en fait il serait inutile de tenter de le faire. En conséquence, il me semble que si notre Cour devait

test, this is bound to lead to a lot of posturing. Politicians who have campaigned on a given issue, and owe their election to it, can be expected to make solemn pronouncements to the effect that they remain “amenable to persuasion” if a truly convincing argument is presented to them. There would seem to be little to be gained by enforcing a campaign of “lip-service” to this ideal.

In conclusion, I think that Southin J.A. is correct when she holds that a “closed mind” (provided it is not a corrupt mind) should not disentitle an alderman from participating in the electoral process. Woolf J. puts the matter well in *Regina v. Amber Valley District Council, Ex parte Jackson*, [1985] 1 W.L.R. 298 (Q.B.D.), at p. 307:

But does this have the effect of disqualifying the Labour majority from considering the planning application? It would be a surprising result if it did since in the case of a development of this sort, I would have thought that it was almost inevitable, now that party politics play so large a part in local government, that the majority group on a council would decide on the party line in respect of the proposal. If this was to be regarded as disqualifying the district council from dealing with the planning application, then if that disqualification is to be avoided, the members of the planning committee at any rate will have to adopt standards of conduct which I suspect will be almost impossible to achieve in practice.

It might be objected that this approach makes the public meeting called for by s. 956 a mere charade. By way of answer, it must be assumed that the Legislature will have been well aware of the fact that the very aldermen who are called on by statute to make the final decision on zoning by-laws initiated by municipalities themselves will often have run for office on the strength of their support or opposition to these measures. If this seemingly guarantees that zoning applications of this nature are decided before ever reaching the hearing stage, this inconsistency should be for the legislature to iron out, and not the courts.

adopter le critère de la «possibilité d'être convaincu», celui-ci serait susceptible d'entraîner un grand nombre de prises de position. On peut s'attendre à ce que les politiciens qui ont fondé leur campagne sur une question donnée et qui doivent leur élection à celle-ci, déclarent solennellement qu'ils demeurent «susceptibles d'être convaincus» si un argument vraiment convaincant leur est présenté. Il semblerait y avoir peu à gagner à mettre en œuvre une campagne consistant à «rendre hommage pour la forme» à cet idéal.

En conclusion, je suis d'avis que le juge Southin a raison de conclure qu'un «esprit fermé» (pourvu qu'il ne s'agisse pas d'un esprit corrompu) ne devrait pas rendre un conseiller municipal inhabile à participer au processus électoral. Le juge Woolf formule bien la question dans l'arrêt *Regina v. Amber Valley District Council, Ex parte Jackson*, [1985] 1 W.L.R. 298 (Q.B.D.), à la p. 307:

[TRADUCTION] Toutefois est-ce que cela a pour effet de rendre la majorité travailliste inhabile à examiner la demande de planification? Ce serait surprenant puisque, dans le cas d'un projet de cette nature, j'aurais cru qu'il était quasi inévitable, maintenant que des partis politiques jouent un si grand rôle dans le gouvernement local, que le groupe majoritaire au conseil déciderait de la marche à suivre relativement au projet. Si cela devait être considéré comme rendant le conseil du district inhabile à examiner la demande de planification alors, si cette déclaration d'inhabilité doit être évitée, les membres du comité d'urbanisme devront à tout prix adopter des normes de conduite dont je soupçonne qu'elles seront presque impossibles à respecter en pratique.

On pourrait objecter que cette position fait de l'assemblée publique prévue par l'art. 956 un simple jeu de charade. En guise de réponse, il faut présumer que le législateur aura bien été au courant du fait que les mêmes conseillers qui sont tenus en vertu de la loi de rendre une décision finale sur les règlements de zonage présentés par les municipalités elles-mêmes auront souvent posé leur candidature en raison de leur appui ou de leur opposition à ces mesures. Si cette situation paraît établir que les demandes de zonage de cette nature sont réglées avant même d'atteindre l'étape de l'audience, cette incompatibilité devrait être rectifiée par le législateur et non par les cours de justice.

Secondly, I think that Lambert J.A. is correct in his submission that s. 956 should not be interpreted as meant to apply in exactly the same way to all matters it covers (at pp. 55-56):

If the by-law affects a specific solution to a specific problem of a narrow scope that only touches the people it immediately concerns, different obligations of fairness may arise than if the by-law affects a comprehensive solution to an overall policy problem confronting the whole municipality. The section is sufficiently flexible to allow the appropriate standards of fairness to be applied to the particular circumstances. [Emphasis added.]

In the particular circumstances of this appeal, I think that the respondent municipality is correct in its submission that in respect of a rezoning initiated by Council itself and driven by policy:

The emphasis is on the legislative nature of the process and thus on compelling “the elected” to listen to the views of “the electors”. It is not, as in an adjudicative process, on compelling the hearing tribunal to find the facts by means of a hearing or inquiry and then to determine the issue on the facts as found.

If this is indeed the correct characterization of the purpose served by the meeting in the context of a “policy driven” zoning initiative, it follows that the standard of fairness mandated by s. 956 places on the council members little more than the obligation of ensuring that due notice is given to those who do stand to be affected, and of affording them a reasonable opportunity to express their views.

In the final analysis, I think that the association’s position is an unrealistic one in the case of a hearing that is mandated in order to consider a rezoning “initiated by Council itself and driven by policy”. A community plan or a comprehensive zoning by-law represents a general statement of the broad objectives and policies of the local government respecting the form and character of existing and proposed land use (see s. 945(1) *Municipal Act*), and the adoption of such a measure is less a judicial process than a legislative one. The aldermen who participate in such a process

Par ailleurs, je suis d’avis que le juge Lambert a raison d’affirmer que l’art. 956 ne devrait pas être interprété comme étant destiné à s’appliquer exactement de la même manière pour toutes les questions qu’il vise (aux pp. 55 et 56):

[TRADUCTION] Si le règlement apporte une solution précise à un problème précis d’une portée restreinte qui ne touche que les personnes immédiatement visées, il peut surgir des obligations d’équité qui ne sont pas les mêmes que si le règlement apportait une solution globale à un problème de politique générale auquel fait face la municipalité. L’article est suffisamment souple pour permettre l’application des normes d’équité appropriées aux circonstances particulières. [Je souligne.]

Dans les circonstances particulières du présent pourvoi, je suis d’avis que la municipalité intimée a raison de soutenir qu’en ce qui concerne une modification de zonage présentée par le conseil lui-même et motivée par une politique:

[TRADUCTION] L’accent est mis sur la nature législative du processus et ainsi sur l’obligation des «élus» de tenir compte des opinions des «électeurs». Il ne s’agit pas, comme dans le cas d’un processus décisionnel, d’obliger le tribunal administratif saisi de l’affaire à rendre une décision sur les faits au moyen d’une audience ou d’une enquête, pour ensuite trancher la question selon les faits constatés.

Si en fait il s’agit de la juste qualification de l’objet visé par la réunion dans le contexte d’une initiative en matière de zonage «motivée par une politique», il en découle que la norme d’équité que prescrit l’art. 956 impose aux membres du conseil rien de plus que l’obligation de veiller à ce qu’un avis suffisant soit donné à ceux qui sont réellement visés et de leur accorder une possibilité raisonnable d’exprimer leurs opinions.

En définitive, je suis d’avis que la position de l’association est irréaliste dans le cas d’une audience qui est prescrite afin d’examiner une modification de zonage [TRADUCTION] «présentée par le conseil lui-même et motivée par une politique». Un plan d’urbanisme ou un règlement de zonage global représente un énoncé général des objectifs et des politiques d’ensemble du gouvernement local concernant la forme et le caractère de l’affectation actuelle et proposée d’un bien-fonds (voir par. 945(1) de la *Municipal Act*), et l’adoption d’une telle mesure relève moins du processus

should be viewed accordingly not as judges, but as elected representatives who are answerable to the concerns of their constituents.

The above result finds support in the decisions of this Court in *Martineau v. Matsqui Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, and *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, which both stress that the attributes of natural justice that apply in a given context will vary according to the character of the decision made. Dickson J. puts the matter well in *Martineau, supra*, at pp. 628-29:

... A purely ministerial decision, on broad grounds of public policy, will typically afford the individual no procedural protection, and any attack upon such a decision will have to be founded upon abuse of discretion. Similarly, public bodies exercising legislative functions may not be amenable to judicial supervision. On the other hand, a function that approaches the judicial end of the spectrum will entail substantial procedural safeguards. Between the judicial decisions and those which are discretionary and policy-oriented will be found a myriad decision-making processes with a flexible gradation of procedural fairness through the administrative spectrum.

Clearly, in this instance, the decision-making process is to be located at the legislative end of the spectrum. Accordingly the threshold test for establishing bias should be a very high one. In my view, Southin J.A. is correct in her view that a decision-maker is entitled to bring a closed mind to this decision-making process, provided that the "closed mind is the result not of corruption, but of honest opinions strongly held".

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: Thomas R. Berger, Vancouver.

judiciaire que du processus législatif. Les conseillers municipaux qui participent à un tel processus devraient être considérés en conséquence non pas comme des juges mais comme des représentants élus qui doivent répondre aux préoccupations de leurs électeurs.

Le résultat qui précède trouve appui dans les arrêts de notre Cour *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, et *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, qui soulignent, dans les deux cas, que les attributs de la justice naturelle qui s'appliquent dans un contexte donné varient selon la nature de la décision rendue. Le juge Dickson expose bien la question dans l'arrêt *Martineau*, précité, aux pp. 628 et 629:

... Une décision purement administrative, fondée sur des motifs généraux d'ordre public, n'accordera normalement aucune protection procédurale à l'individu, et une contestation de pareille décision devra se fonder sur un abus de pouvoir discrétionnaire. De même, on ne pourra soumettre à la surveillance judiciaire les organismes publics qui exercent des fonctions de nature législative. D'autre part, une fonction qui se situe à l'extrémité judiciaire du spectre comportera des garanties procédurales importantes. Entre les décisions de nature judiciaire et celles qui sont de nature discrétionnaire et en fonction d'une politique, on trouve une myriade de processus décisionnels comportant un élément d'équité dans la procédure dont l'intensité variera selon sa situation dans le spectre administratif.

De toute évidence, en l'espèce, le processus décisionnel se situe plutôt à l'extrémité législative du spectre. Par conséquent, le critère préliminaire pour établir l'existence de partialité devrait être très élevé. À mon avis, le juge Southin a, à bon droit, adopté la position selon laquelle le décideur a le droit de s'engager dans le processus décisionnel avec un esprit fermé, pourvu que [TRADUCTION] «l'absence d'ouverture d'esprit résulte non pas de la corruption mais d'opinions honnêtes et fermes».

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: Thomas R. Berger, Vancouver.

Solicitors for the respondents The Corporation of the Township of Richmond, The Council of the Corporation of the Township of Richmond and Hugh Mawby: Lidstone, Young & Anderson, Vancouver.

Solicitors for the respondents Progressive Construction Ltd., Tempo Construction Ltd., Conway Richmond Ltd., Fraserview Construction Ltd., L. Horii Construction Ltd., First City Development Corp. Ltd. and Olga Ilich: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intimés The Corporation of the Township of Richmond, The Council of the Corporation of the Township of Richmond et Hugh Mawby: Lidstone, Young & Anderson, Vancouver.

^a

Procureurs des intimées Progressive Construction Ltd., Tempo Construction Ltd., Conway Richmond Ltd., Fraserview Construction Ltd., L. Horii Construction Ltd., First City Development Corp. Ltd. et Olga Ilich: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 6, 1990 Vol. 3

and Tables

Cited as [1990] 3 S.C.R. { i-xlv
1235-1436

6^e cahier, 1990 Vol. 3

et Tables

Renvoi [1990] 3 R.C.S. { i-xlv
1235-1436

Published pursuant to the Supreme Court Act by
ANNE ROLAND, LL.L.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
ANNE ROLAND, LL.L.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Director of Publications
ODILE CALDER

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

Editorial Assistants
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secretaries
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1991.

Directrice des publications
ODILE CALDER

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

Adjointes à l'édition
MADO MAINVILLE-CÔTÉ
BARBARA LONG
SUZANNE AUDET
MIREILLE BARBER

Secrétaires
CAROLE LOISELLE
DENISE JACKSON

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

Imprimeur de la Reine pour le Canada, Ottawa, 1991.

CONTENTS

Title Page	i
List of Judges.....	ii
Errata	iv
Table of Judgments.....	v
Table of Cases Cited.....	ix
Statutes and Regulations Cited.....	xxvii
Authors Cited.....	xxxv
Index.....	1425

MacDonald Estate v. Martin 1235

Barristers and solicitors — Conflict of interest — Former junior solicitor for appellant joining law firm acting for respondent — Whether law firm may continue to act as solicitors of record for respondent — Test to be applied in determining whether disqualifying conflict of interest exists.

Re Manitoba Language Rights Order 1417

Constitutional law — Language guarantees — Hearing to be held to determine certain constitutional questions arising from Supreme Court's order establishing minimum time period

Continued on next page

SOMMAIRE

Page titre	i
Liste des juges	iii
Errata	iv
Table des jugements.....	vii
Table de la jurisprudence.....	ix
Lois et règlements cités.....	xxxix
Doctrine citée	xxxv
Index.....	1431

Ordonnance relative aux droits linguistiques au Manitoba 1417

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Audition à tenir en vue de trancher certaines questions constitutionnelles découlant de l'ordonnance de la Cour suprême établissant le délai minimum requis pour la traduction, la réadoption, l'impression et la publication des lois du Manitoba — Maintien de la validité temporaire des lois du Manitoba jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu mais seulement quant aux questions soulevées dans la requête.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

necessary for the translation, re-enactment, printing and publishing of Manitoba laws — Temporary validity of laws of Manitoba continued until judgment rendered but only as regards the matters raised in application.

R. v. Chaulk 1303

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Accused presumed sane until contrary is proved — Insanity to be proved by accused on balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.

Criminal law — Defences — Insanity — Person insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from disease of the mind rendering him incapable of knowing act is wrong — Meaning of word “wrong” in s. 16(2) of Code.

Criminal law — Defences — Insanity — Delusions — Whether s. 16(3) of Criminal Code constitutes independent insanity defence — Whether trial judge’s instructions to jury adequate.

Evidence — Rebuttal evidence — Crown adducing evidence of accused’s sanity in rebuttal — Whether evidence of accused’s sanity should have been adduced by Crown as part of its case-in-chief.

R. v. Pilon 1422

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Accused convicted of murder — Dissent in Court of Appeal not on question of law — Application to quash appeal granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

Whitbread v. Walley 1273

Constitutional law — Division of powers — Canadian maritime law — Torts — Injury resulting from pleasure craft striking rocks — Accident occurring in tidal waters — Scope of federal power over navigation and shipping — Constitution Act, 1867, s. 91(10).

Maritime law — Scope — Torts — Injury resulting from pleasure craft striking rocks — Accident occurring in tidal waters — Whether limitations as to liability under Canada Shipping Act applicable — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647, 649.

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Chaulk 1303

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Accusé présumé sain d’esprit jusqu’à preuve du contraire — Obligation de l’accusé de prouver l’aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités — L’article 16(4) du Code criminel viole-t-il l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l’affirmative, l’art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l’article premier de la Charte?

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Une personne est aliénée en vertu de l’art. 16(2) du Code criminel si elle est atteinte d’une maladie mentale qui la rend incapable de savoir qu’un acte est mauvais — Sens du mot «mauvais» à l’art. 16(2) du Code.

Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation mentale — Idées délirantes — L’article 16(3) du Code criminel constitue-t-il un moyen de défense distinct d’aliénation mentale? — Les directives du juge du procès étaient-elles adéquates?

Preuve — Contre-preuve — Présentation de contre-preuve par le ministère public pour établir que les accusés sont sains d’esprit — La preuve relative à la santé mentale des accusés aurait-elle dû être présentée dans la preuve principale du ministère public?

R. c. Pilon 1422

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Pourvoi de plein droit — Accusé déclaré coupable de meurtre — Dissidence en Cour d’appel ne portant pas sur une question de droit — Requête en annulation de pourvoi accordée — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)a).

Succession MacDonald c. Martin 1235

Avocats et procureurs — Conflits d’intérêts — Entrée d’un avocat junior ayant agi pour l’appelant dans un cabinet agissant pour l’intimé — Le cabinet peut-il continuer à occuper pour l’intimé? — Critère à appliquer pour décider s’il existe un conflit d’intérêts rendant le cabinet inhabile.

Whitbread c. Walley 1273

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit maritime canadien — Responsabilité délictuelle — Blessures résultant de la collision d’un bateau de plaisance avec des rochers — Accident survenu dans des eaux de marée — Étendue de la compétence fédérale sur la navigation et les expéditions par eau — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).

Droit maritime — Étendue — Responsabilité délictuelle — Blessures résultant de la collision d’un bateau de plaisance avec des rochers — Accident survenu dans des eaux de marée — Applicabilité des limitations de responsabilité prévues dans la Loi sur la marine marchande du Canada — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647, 649.



1990 Volume 3

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Director of Publications
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Mireille Barber

Secretaries
Carole Loiselle
Denise Jackson

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Directrice des publications
Odile Calder

Arrêtiistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Mireille Barber

Secrétaires
Carole Loiselle
Denise Jackson

JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable BERTHA WILSON

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable WILLIAM ALEXANDER STEVENSON

ERRATA

- [1985] 1 S.C.R. p. 35, line *b*-1 of the English version. Read “the depredations of shady mariners” instead of “depradations of shady mariners”.
- [1985] 1 R.C.S. p. 35, ligne *b*-1 de la version anglaise. Lire “the depredations of shady mariners” au lieu de “depradations of shady mariners”.
- [1989] 2 S.C.R. p. 16, line *h*-4 of the French version. Read “rendre une ordonnance de renvoi” instead of “rendre un ordonnance de renvoi”.
- [1989] 2 R.C.S. p. 16, ligne *h*-4 de la version française. Lire «rendre une ordonnance de renvoi» au lieu de «rendre un ordonnance de renvoi».
- [1989] 2 S.C.R. p. 17, line *d*-3 of the French version. Read “règle interdisant les déclarations” instead of “règle interdissant les déclarations”.
- [1989] 2 R.C.S. p. 17, ligne *d*-3 de la version française. Lire «règle interdisant les déclarations» au lieu de «règle interdissant les déclarations».

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		K	
Andrews, R. v.....	870	Keegstra, R. v.....	697
Attorney General see also "Canada" or the name of the province		Kirkness, R. v.....	74
		Kokesch, R. v.....	3
		Kuldip, R. v.....	618
C		L	
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor....	892	Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740.	644
Canada, McClurg v.....	1020		
Canadian National Bank, Houle v.....	122		
Central Western Railway Corp., United Trans- portation Union v.....	1112		
Chaulk, R. v.....	1303		
Commission see also "Canada" or the name of the province			
D		M	
De Savoye, Morguard Investments Ltd. v.....	1077	MacDonald Estate v. Martin.....	1235
Douglas College, Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v.....	570	Manitoba Language Rights Order, Re.....	1417
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas Col- lege.....	570	Manitoba Public Insurance Co., Fletcher v.....	191
		Martin, MacDonald Estate v.....	1235
		McClurg v. Canada.....	1020
		McKinney v. University of Guelph.....	229
		Minister see also "Canada" or the name of the province	
		Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	1077
F		N	
Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.	191	National Bank of Canada, Houle v.....	122
Fulop, R. v.....	695		
H		O	
Harrison v. University of British Columbia	451	Office see also "Canada" or the name of the prov- ince	
Houle v. Canadian National Bank.....	122	Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City).....	1170
Houle v. National Bank of Canada.....	122		

	PAGE		PAGE
P		T	
Pilon, R. v.	1422	Taylor, Canada (Human Rights Commission) v. ... The Queen see also "R."	892
Q		U	
Queen see also "R."		Union see also under abbreviated name	
R		United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740, Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. ...	644
R. v. Andrews	870	United Transportation Union v. Central Western Railway Corp.	1112
R. v. Chaulk	1303	University of British Columbia, Harrison v.	451
R. v. Fulop	695	University of Guelph, McKinney v.	229
R. v. Keegstra	697		
R. v. Kirkness	74	V	
R. v. Kokesch	3	Vancouver General Hospital, Stoffman v.	483
R. v. Kuldip	618		
R. v. Pilon	1422	W	
R. v. Scott	979	Walley, Whitbread v.	1273
R. v. Wong	36	Whitbread v. Walley	1273
Richmond (Township), Save Richmond Farmland Society v.	1213	Winnipeg (City), Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v.	1170
S		Wong, R. v.	36
Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)	1213		
Scott, R. v.	979		
Stoffman v. Vancouver General Hospital	483		

TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique «Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
A		F	
Andrews, R. c.....	870	Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba	191
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville).....	1170	Fulop, R. c.....	695
Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740, Lester (W.W.) (1978) Ltd. c.....	644	H	
B		Harrison c. Université de la Colombie-Britannique.....	451
Banque Canadienne Nationale, Houle c.	122	Houle c. Banque Canadienne Nationale	122
Banque Nationale du Canada, Houle c.	122	Houle c. Banque Nationale du Canada	122
C		K	
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	892	Keegstra, R. c.....	697
Canada, McClurg c.	1020	Kirkness, R. c.....	74
Central Western Railway Corp., Travailleurs unis des transports c.	1112	Kokesch, R. c.	3
Chaulk, R. c.	1303	Kuldip, R. c.	618
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		L	
D		La Reine voir aussi «R.»	
De Savoye, Morguard Investments Ltd. c.....	1077	Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740.....	644
Douglas College, Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c.....	570	M	
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College	570	Martin, Succession MacDonald c.	1235
E		McClurg c. Canada	1020
F		McKinney c. Université de Guelph.....	229
G		Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province	
H		Morguard Investments Ltd. c. De Savoye.....	1077

	PAGE		PAGE
O			
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		Scott, R. c.	979
Ordonnance relative aux droits linguistiques du Manitoba	1417	Société d'assurance publique du Manitoba, Fletcher c.	191
		Stoffman c. Vancouver General Hospital	483
		Succession MacDonald c. Martin	1235
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
P		T	
Pilon, R. c.	1422	Taylor, Canada (Commission des droits de la personne) c.	892
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		Travailleurs unis des transports c. Central Western Railway Corp.	1112
R		U	
Reine voir aussi «R.»		Université de Guelph, McKinney c.	229
R. c. Andrews	870	Université de la Colombie-Britannique, Harrison c.	451
R. c. Chaulk	1303		
R. c. Fulop	695	V	
R. c. Keegstra	697	Vancouver General Hospital, Stoffman c.	483
R. c. Kirkness	74		
R. c. Kokesch	3	W	
R. c. Kuldip	618	Walley, Whitbread c.	1273
R. c. Pilon	1422	Whitbread c. Walley	1273
R. c. Scott	979	Winnipeg (Ville), Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c.	1170
R. c. Wong	36	Wong, R. c.	36
Richmond (Canton), Save Richmond Farmland Society c.	1213		
S			
Save Richmond Farmland Society c. Richmond (Canton)	1213		

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A Solicitor, Re.....	Unreported/Inédit, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063.	1247
Abrams v. United States	250 U.S. 616 (1919)	803
Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman.....	[1985] 1 S.C.R. 2.....	1086
Affaire intéressant le Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Ltée.....	[1986] 1 C.F. 103	942, 971
Air Canada v. McDonnell Douglas Corp.	[1989] 1 S.C.R. 1554	164
Air-Rimouski Ltée v. Gagnon.....	[1952] C.S. 149.....	140
Akerly v. Red Barn System, Inc.....	551 F.2d 539 (1977)	1251
Alberta Government Telephones c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes).....	[1989] 2 R.C.S. 225	1128
Alberta Government Telephones v. Canada (Canadian Radio- and Telecommunications Commission)	[1989] 2 S.C.R. 225	1128
Alberta (Human Rights Commission) v. Central Alberta Dairy Pool.....	[1990] 2 S.C.R. 489	440
Alliance Assurance Co. v. Dominion Electric Protection Co.....	[1970] S.C.R. 168.....	166
Amato v. The Queen.....	[1982] 2 S.C.R. 418	1003
American Booksellers Ass'n, Inc. v. Hudnut.....	771 F.2d 323 (1985).....	739, 815
Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.	708 F.2d 1263 (1983)	1248, 1268
Andrews v. Law Society of British Columbia	[1989] 1 S.C.R. 143 278, 380, 422, 462, 475, 518, 545, 755	
Anti-Defamation League of B'nai B'rith v. Federal Communications Commission	403 F.2d 169 (1968)	739
Archambault v. Solloway	Unreported/Inédit, B.C.S.C., April 18, 1956.....	1092
Ashton v. Kentucky	384 U.S. 195 (1966)	739
Assoc. des résidents du Vieux St-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)...	[1990] 3 R.C.S. 1170.....	1170, 1216
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia.....	[1982] 2 S.C.R. 307	600, 809
Attorney General of Hong Kong v. Ng Yuen Shiu	[1983] 2 All E.R. 346.....	1203
Attorney General of Quebec v. Blaikie	[1981] 1 S.C.R. 312	507, 540
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference).....	[1947] A.C. 503.....	463, 1286

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536	440, 931
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.....	[1989] 1 R.C.S. 206	1293
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	261, 336
Ortwein v. Commonwealth	76 Pa. 414 (1874)	1376

P

Palmer v. Ticcione	576 F.2d 459 (1978)	285
Pare v. Occidental Life Insurance Co. of California	(1986), 23 C.C.L.I. 288	211
People v. Krugman	141 N.W.2d 33 (1966)	1379
People v. Stockwell	242 N.W.2d 559 (1976)	1378
People v. Teicher	395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977)	55
Perrault v. The Queen	[1979] 1 F.C. 155	1052
Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n	460 U.S. 37 (1983)	817
Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry	(1967), 59 W.W.R. 622	1294
Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904	(1985), 55 Nfld. & P.E.I.R. 117	661
Plummer's Case	Kel J. 109, 84 E.R. 1103	106
Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants) ...	[1989] 3 C.F. 233	590
Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs)	[1989] 3 F.C. 233	590
Pole Lite Ltée v. Banque Provinciale du Canada	[1984] C.A. 170	172
Police Department of the City of Chicago v. Mosley	408 U.S. 92 (1972)	816
Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico ...	478 U.S. 328 (1986)	742
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307	600, 809
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal	[1978] 2 R.C.S. 770	809
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1981] 1 R.C.S. 312	507, 540
Procureur général du Québec c. Côté	[1979] C.A. 118	639
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	1283
Prudential Trust Co. v. Forseth	[1960] S.C.R. 210	203

Q

Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.	[1989] 2 S.C.R. 683	1288
Quaker Oats Co. of Canada v. Côté	[1949] Que. K.B. 389	143
Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée	[1977] 2 R.C.S. 1054	1290
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 1054	1290
Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson	(1883), 10 S.C.R. 222	1293

R

R. v. Abbey	[1982] 2 S.C.R. 24	1323, 1393
R. v. Andrews	(1988), 65 O.R. (2d) 161	757, 853
R. v. Andrews	[1990] 3 S.C.R. 870	713, 902, 947
R. v. B.(W.D.)	(1987), 38 C.C.C. (3d) 12	632
R. v. Banas and Havercamp	(1982), 36 O.R. (2d) 164	1013
R. v. Becerra and Cooper	(1975), 62 Cr. App. R. 212	113

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Brant Erecting and Hoisting; Iron Workers' Union, Re	[1980] OLRB Rep. July 945	684
British Columbia Electric Ry. Co. v. Canadian National Ry. Co.....	[1932] S.C.R. 161.....	1129
British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.....	[1971] S.C.R. 321.....	1281
Brodeur v. Choinière.....	[1945] C.S. 334.....	140
Bronfman, A. v. M.N.R.....	[1965] C.T.C. 378	1075
Bronfman Trust v. The Queen.....	[1987] 1 S.C.R. 32	1050
Brookhart v. Janis.....	384 U.S. 1 (1966).....	406
Bruhn-Mou and College of Dental Surgeons of British Columbia, Re	(1975), 59 D.L.R. (3d) 152	1204
Burland v. Earle	[1902] A.C. 83.....	178, 1039
Bute v. Illinois	333 U.S. 640 (1948).....	406

C

Cadillac Development Corp. Ltd. and City of Toronto, Re.....	(1973), 1 O.R. (2d) 20	1193
CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.....	[1989] 2 S.C.R. 983	654, 669
Caisse populaire de Baie St-Paul v. Simard	J.E. 85-943.....	154
Caisse populaire St-Simon de Drummond v. Lalumière.....	J.E. 82-1105	163
Canada v. Consortium Designers Inc.....	(1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255	1256
Canada v. Vincer.....	[1988] 1 F.C. 714	588
Canada (Attorney General) v. Alli	(1988), 51 D.L.R. (4th) 555.....	593
Canada (Attorney General) v. Druken	[1989] 2 F.C. 24.....	593
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor	[1990] 3 R.C.S. 892	713, 824
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor	[1990] 3 S.C.R. 892	713, 824
Canada (Procureur général) c. Druken	[1989] 2 C.F. 24.....	593
Canada (Procureur général) v. Sirois	(1988), 90 N.R. 39	594
Canada Labour Relations Board v. Paul L'Anglais Inc.....	[1983] 1 S.C.R. 147	599
Canada Metal Co. v. Canadian Broadcasting Corp. (No. 2)	(1974), 4 O.R. (2d) 585	942
Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings.....	(1978), 8 C.P.C. 117	1254
Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley	[1974] S.C.R. 592.....	1057
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	387, 932
Canadian Occidental Petroleum Ltd. and District of North Vancou- ver, Re.....	(1983), 148 D.L.R. (3d) 255	1204
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney-General for British Columbia	[1950] A.C. 122.....	1144
Canadian Union of Public Employees v. Metropolitan Parking Inc. ..	[1980] 1 Can LRBR 197	676
Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation	[1979] 2 S.C.R. 227	650, 668
Carignan v. Infasco Division Ivaco Inc.	J.E. 89-286.....	163
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147	1107
Chamberland v. Fleming.....	(1984), 12 D.L.R. (4th) 688	1298
Champ v. The Queen	83 D.T.C. 5029.....	1072
Chaplinsky v. New Hampshire.....	315 U.S. 568 (1942).....	814
Charland v. Banque Canadienne Impériale de Commerce	J.E. 86-142.....	172
Cherneskey v. Armadale Publishers Ltd.	[1979] 1 S.C.R. 1067	808
Cherry Ltd. v. Allied Insurance Brokers Ltd.	[1978] 1 Lloyd's Rep. 274.....	210
Christie v. City of Winnipeg.....	(1981), 16 M.P.L.R. 128	1208

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Christo v. Bevan.....	(1982), 36 O.R. (2d) 797.....	1258
City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.....	440 F. Supp. 193 (1977), aff'd mem., 573 F.2d 1310, certiorari denied, 435 U.S. 996 (1977).....	1251
City of Montreal v. Montreal Street Railway.....	[1912] A.C. 333.....	1128
Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	[1988] 2 R.C.S. 680.....	1289
Clark v. Canadian National Railway Co.....	[1988] 2 S.C.R. 680.....	1289
Clark v. The King.....	(1921), 61 S.C.R. 608.....	1367
Clarke v. Edinburgh Tramways Co.....	[1919] S.C. 35.....	202
Coates v. City of Cincinnati.....	402 U.S. 611 (1971).....	818
Cohen v. California.....	403 U.S. 15 (1971).....	739
Coldwell-Horsfall v. West Country Yacht Charters, Ltd. (The Annie Hay).....	[1968] 1 Lloyd's Rep. 141.....	1298
Colet v. The Queen.....	[1981] 1 S.C.R. 2.....	17, 29
Collin v. Smith.....	578 F.2d 1197 (1978).....	739, 815
Comber v. Leyland.....	[1898] A.C. 524.....	1085
Commission ontarienne des droits de la personne c. Municipalité d'Étobicoke.....	[1982] 1 R.C.S. 202.....	439
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	440, 931
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 R.C.S. 369.....	1182, 1222
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369.....	1182, 1222
Compagnie d'assurance Travelers du Canada c. Corriveau.....	[1982] 2 R.C.S. 866.....	189
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne).....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	387, 932
Concerned Contractors Action Group v. British Columbia and Yukon Territory Building and Construction Trades Council.....	(1986), 13 CLRBR (NS) 121.....	684
Conseil canadien des relations du travail c. Paul L'Anlais Inc.....	[1983] 1 R.C.S. 147.....	599
Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.....	[1980] 1 S.C.R. 888.....	224
Construction Montcalm Inc. c. Commission du salaire minimum.....	[1979] 1 R.C.S. 754.....	1138, 1154
Construction Montcalm Inc. v. Minimum Wage Commission.....	[1979] 1 S.C.R. 754.....	1138, 1154
Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.....	473 U.S. 788 (1985).....	742
Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service.....	[1984] 3 All E.R. 935.....	1203
CTG Telecommunications Systems, Inc.....	(1985), 10 C.L.R.B.R. (NS) 231.....	1162
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	(1989), 62 D.L.R. (4th) 125.....	591

D

D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head.....	(1987), 9 N.S.W.L.R. 118.....	1252
Darville v. The Queen.....	(1956), 25 C.R. 1.....	1000
Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall.....	(1982), 35 O.R. (2d) 599.....	1259
Davis v. United States.....	160 U.S. 469 (1895).....	1375
De Lovio v. Boit.....	(1815), 2 Gall. 398.....	1291
De Vall v. Wainwright Gas Co.....	[1932] 2 D.L.R. 145.....	1045
Debs v. United States.....	249 U.S. 211 (1919).....	813
Dennis v. United States.....	341 U.S. 494 (1951).....	813
Des Cheneaux v. Miron Inc.....	(1987), 20 Q.A.C. 157.....	154

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Devco Properties Ltd. v. Sunderland.....	[1977] 2 W.W.R. 664.....	1258
Director of Public Prosecutions for Northern Ireland v. Maxwell.....	[1978] 1 W.L.R. 1350.....	101
Doe v. University of Michigan.....	721 F. Supp. 852 (1989).....	739
Doerr v. Keller.....	Colmar, May 2, 1855, D.P. 1856.2.9.....	138
Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line.....	[1984] 1 F.C. 211.....	1291
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	208
Doran Construction Ltd., Taggart Construction Ltd. and Taggart General Contractors Ltd.; Carpenters Union, Local 93, Re.....	[1984] OLRB Rep. Aug. 1108.....	679
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1988] 2 W.W.R. 718.....	359
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	255
Drouin v. Électrolux Canada Ltée Division de les Produits C.F.C. Ltée.....	[1988] R.J.Q. 950.....	163
Dubois v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 350.....	336
Dulles' Settlement Trusts, Re.....	[1951] 2 All E.R. 69.....	1089
Dunlop and Sylvester v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 881.....	97
Dupont v. Taronga Holdings Ltd.....	(1986), 49 D.L.R. (4th) 335.....	1109
E		
E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown.....	305 F. Supp. 371 (1969).....	1248
Eccles v. Bourque.....	[1975] 2 S.C.R. 739.....	17, 29
Edgington v. Fitzmaurice.....	(1885), 29 Ch. D. 459.....	206
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	726, 834, 968
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	726, 834, 968
Edward v. Edward Estate.....	[1987] 5 W.W.R. 289.....	1094
Eggleton v. Broadway Agencies Ltd.....	(1981), 32 A.R. 61.....	1092
Emanuel v. Symon.....	[1908] 1 K.B. 302.....	1085
Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.....	478 F.2d 562 (1973).....	1248
Equipements Select Inc. v. Banque Nationale du Canada.....	[1987] R.R.A. 99n.....	152
Escobedo v. Illinois.....	378 U.S. 478 (1964).....	406
États-Unis d'Amérique c. Cotroni.....	[1989] 1 R.C.S. 1469.....	280, 520, 1389
F		
Falls v. Falls.....	(1979), 12 C.P.C. 270.....	1254
Farmers Mutual Petroleums Ltd. v. United States Smelting, Refin- ing & Mining Co.....	(1961), 28 D.L.R. (2d) 618.....	1258
Farrar v. Farrars, Limited.....	(1888), 40 Ch. D. 395.....	1056
Felderer v. Sweden.....	(1986), 8 E.H.R.R. 91.....	753
Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co. of Canada ...	(1977), 17 O.R. (2d) 529.....	214
Fiorito v. Contingency Insurance Co.....	[1971] C.S. 1.....	144
First City Capital Ltd. v. Winchester Computer Corp.....	[1987] 6 W.W.R. 212.....	1111
Fisher v. Fisher.....	(1986), 76 N.S.R. (2d) 326.....	1256
Fleischer v. A.A.P., Inc.....	163 F. Supp. 548 (1958).....	1251
Ford c. Québec (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 712.....	339, 726, 810
Ford v. Quebec (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 712.....	339, 726, 810
Four B Manufacturing Ltd. c. Travailleurs unis du vêtement d'Amérique.....	[1980] 1 R.C.S. 1031.....	599

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Four B Manufacturing Ltd. v. United Garment Workers of America	[1980] 1 S.C.R. 1031	599
Frank Browne Acoustics Kamloops (1982) Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners	(1984), 6 CLRBR (NS) 247.....	678
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455	601
Fraser v. Public Service Staff Relations Board	[1985] 2 S.C.R. 455	601
G		
G.K.N. Keller Canada Ltd. v. Hartford Fire Insurance Co.	(1983), 1 C.C.L.I. 34	216
Garrison v. Louisiana	379 U.S. 64 (1964)	739
Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California	534 F.2d 1322, certiorari denied, 429 U.S. 861 (1976)	1251
Gaw v. Commissioner of Corrections	(1986), 2 F.T.R. 122.....	1204
General Accident Fire and Life Assurance Corp. v. Peter William Tanter (The "Zephyr")	[1985] 2 Lloyd's Rep. 529.....	211
General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing	[1989] 1 S.C.R. 641	1286
General Teamsters v. Consolidated Fastfrate Ltd.	(1976), 76 C.L.L.C. ¶ 16,004	1162
Germain v. Sergaz Inc.	J.E. 81-334.....	163
Gerrard v. Saskatoon (City)	(1987), 44 D.L.R. (4th) 767	594
Gibraltar Development Corporation and Construction and General Labourers Union	BCLRB 12 29/82	678
Glimmerveen c. Pays-Bas, Comm. Eur. D. H.	Requêtes nos 8348/78 et 8406/78, 11 octobre 1979, D.R. 18, p. 187	753, 820, 920
Glimmerveen v. Netherlands, Eur. Comm. H. R.	Applications Nos. 8348/78 and 8406/78, October 11, 1979, D.R. 18, p. 187	753, 820, 920
Godbout v. Provi-Soir Inc.	[1986] R.L. 212	145
Godin v. Trempe	J.E. 85-822.....	189
Goldberg v. Goldberg	(1982), 141 D.L.R. (3d) 133	1254
Greenya v. George Washington University	512 F.2d 556 (D.C. Cir. 1975)	274
H		
Haddad v. U.S.	349 F.2d 511 (1965)	406
Haig v. Bamford	[1977] 1 S.C.R. 466	210
Handyside affaire, Cour Eur. D. H.	Arrêt du 7 décembre 1976, série A n° 24.....	820
Handyside case, Eur. Court H. R.	Judgment of 7 December 1976, Series A No. 24	820
Harelkin c. Université de Regina	[1979] 2 R.C.S. 561	268, 418
Harelkin v. University of Regina	[1979] 2 S.C.R. 561	268, 418
Harris v. Taylor	[1915] 2 K.B. 580	1090
Harrison c. Université de la Colombie-Britannique	[1990] 3 R.C.S. 451	255, 579
Harrison v. University of British Columbia	(1988), 21 B.C.L.R. (2d) 145.....	304, 418
Harrison v. University of British Columbia	[1990] 3 S.C.R. 451	255, 579
Harvey v. Tarala	(1977), 6 Sask. R. 74.....	1294
Headly c. Canada (Comité d'appel de la Commission de la Fonction publique).....	[1987] 2 C.F. 235	423

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Headly v. Public Service Commission Appeal Board (Can.).....	(1987), 72 N.R. 185	423
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.....	[1964] A.C. 465	209
Henderson v. The King.....	[1948] S.C.R. 226.....	111
Henry v. Great Northern Ry. Co.	(1857), 1 De G. & J. 606, 44 E.R. 858.....	1059
Hilton v. Guyot	159 U.S. 113 (1895).....	1096
Hontestroom (S.S.) v. Sagaporack (S.S.).....	[1927] A.C. 37.....	203
Horne v. Krezan, Shamlock and Young	(1955), 14 W.W.R. 625	1294
Horsley v. MacLaren.....	[1972] S.C.R. 441.....	1298
Hunter v. Southam Inc.....	[1984] 2 S.C.R. 145.. 12, 28, 44, 261, 357, 612, 839	

I

In re Asbestos Cases	514 F. Supp. 914 (1981)	1248
In re Cannet Freight Cartage Ltd.....	[1976] 1 F.C. 174	1146, 1162
In re Human Rights Tribunal and Atomic Energy of Canada Ltd....	[1986] 1 F.C. 103	942, 971
In re Provincial Fisheries.....	(1895), 26 S.C.R. 444	1295
In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada (The Aeronautics Reference).....	[1932] A.C. 54	1298
In re Trepan Mines Ltd.....	[1960] 1 W.L.R. 1273	1090
In Re Winship	397 U.S. 358 (1970).....	1377
In the Marriage of Thevanaz.....	(1986), 11 Fam. L.R. 95	1252
Indemnity Insurance Co. v. Excel Cleaning Service.....	[1954] S.C.R. 169	224
Indyka v. Indyka	[1969] 1 A.C. 33	1090
Insurance Corp. of British Columbia v. Heerspink.....	[1982] 2 S.C.R. 145	927
Inter-City Truck Lines (Canada) Inc.	[1979] 3 Can. L.R.B.R. 40	1162
International Association of Bridge, Structural and Ornamental Iron Workers v. Empire Iron Works Ltd.....	(1986), 86 CLLC ¶ 16,027	685
International Association of Machinists v. Professional Personnel Services Ltd. and C.P. Personnel Ltd. (Newfoundland Labour Relations Board, Re.....	Unreported/Inédit, Sept. 1985.....	681
International Brotherhood of Electrical Workers v. Minas Electric Co.	(1976), 77 CLLC ¶ 16,075	679
International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.	Unreported/Inédit, British Columbia Supreme Court, June 26, 1985	1258
International Longshoremen's Assn. v. Terminus Maritime Inc.....	(1983), 83 CLLC ¶ 16,029	676
International Shoe Co. v. Washington	326 U.S. 310 (1945).....	1110
Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen	[1976] 1 S.C.R. 477	1099
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)	[1989] 1 R.C.S. 927 281, 395, 521, 552, 726, 806, 913, 953, 927, 1341, 1388	
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927 281, 395, 521, 552, 726, 806, 913, 953, 927, 1341, 1388	
ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.	[1986] 1 S.C.R. 752	1288

J

Jackson v. Metropolitan Edison Co.....	419 U.S. 345 (1974)	269
--	---------------------------	-----

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Jackson v. Virginia.....	443 U.S. 307 (1979).....	1377
Jacobsen v. United Canso Oil & Gas Ltd.	(1980), 113 D.L.R. (3d) 427	1059
Jacuzzi Canada Ltd. v. A. Mantella & Sons Ltd.	(1988), 31 C.P.C. (2d) 195.....	227
Janzen v. Platy Enterprises Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 1252	746
Johannesson v. Municipality of West St. Paul.....	[1952] 1 S.C.R. 292	1298
Johnson v. Zerbst.....	304 U.S. 458 (1938).....	406
Johnstone v. Law Society of British Columbia	[1987] 5 W.W.R. 637.....	633
Jorgenson v. North Vancouver Magistrates	(1959), 28 W.W.R. 265	1298
K		
Kamloops (City of) v. Nielsen.....	[1984] 2 S.C.R. 2.....	210
Karamanian v. Richmond	(1982), 38 B.C.L.R. 106	1226
Katz v. United States.....	389 U.S. 347 (1967)	16
Kelly Douglas & Co. and W.H. Malkin Ltd.....	[1974] 1 CLRBR 77.....	673
Klein and Law Society of Upper Canada, Re	(1985), 16 D.L.R. (4th) 489.....	270, 516
Knight v. Indian Head School Division No. 19.....	[1990] 1 S.C.R. 653	1232
Kootenay & Elk Railway Co. c. Compagnie du chemin de Fer Canadien du Pacifique.....	[1974] R.C.S. 955.....	1133
Kootenay & Elk Railway Co. v. Canadian Pacific Railway Co.....	[1974] S.C.R. 955.....	1133
Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.....	[1987] 1 S.C.R. 2.....	179
Kuehne & Nagel Int'l Ltd.	[1979] 1 Can. L.R.B.R. 156	1161
L		
Labourers' International Union of North America v. Elmont Con- struction Ltd.....	[1974] OLRB Rep. June 342.....	679
Lamb v. Scripps College.....	627 F.2d 1015 (1980)	284
Langlois v. Farr Inc.	[1988] R.J.Q. 2682.....	154
Laperrière v. Lemieux	[1958] R.L. 228	140
Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures.....	224 F.2d 824 (1955), certiorari denied, 350 U.S. 932 (1956)	1251
Latreille Automobile Ltée v. Volvo (Canada) Ltd.	[1978] C.S. 191.....	144
Law Society of Manitoba v. Giesbrecht.....	(1983), 24 Man. R. (2d) 228	1245
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	1375
Leland v. Oregon.....	343 U.S. 790 (1952)	1377
Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers	[1975] 1 S.C.R. 178.....	1137, 1151
Lewis v. Todd and McClure.....	[1980] 2 S.C.R. 694	204
Libman v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 178	1095
Loomis Messenger Service.....	[1985] O.L.R.B. Rep. 1131	1162
Lord Dacre's Case.....	(1543), 1 Hale H.P.C. 439.....	105
Lower Hutt City Council v. Bank	[1974] 1 N.Z.L.R. 545	1227
Lowes c. Royaume-Uni, Comm. Eur. D. H.....	Requête n° 13214/87, 9 décembre 1988, Unreported/Inédit.....	753
Lowes v. United Kingdom, Eur. Comm. H. R.	Application No. 13214/87, December 9, 1988, Unreported/Inédit.....	753
Lukic v. Urquhart	(1984), 11 D.L.R. (4th) 638	1255

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Lung v. Lee.....	(1928), 63 O.L.R. 194.....	1091
Luscar Collieries Ltd. v. McDonald.....	[1927] A.C. 925.....	1132
Lyric Theater Ltd. v. International Alliance of Theatrical Stage Employees.....	[1980] 2 Can LRBR 331.....	676
M		
M'Naghten's Case.....	(1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718.....	1347, 1367, 1408
Macaulay v. Imperial Life Assurance Co. of Canada.....	J.E. 84-423.....	162
MacBain v. Lederman.....	[1985] 1 F.C. 856.....	941, 970
Mackie Bros. Sand & Gravel Ltd.....	(1974), BCLRB No. L107/81.....	685
Marcotte v. Assomption Cie mutuelle d'assurance-vie.....	[1981] C.S. 1102.....	162
Marcotte v. Megson.....	(1987), 19 B.C.L.R. (2d) 300.....	1086
Marshall v. Houghton.....	[1923] 2 W.W.R. 553.....	1091
Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui.....	[1980] 1 R.C.S. 602.....	268, 1232
Martineau v. Matsqui Disciplinary Board.....	[1980] 1 S.C.R. 602.....	268, 1232
Massey v. Sladen.....	(1868), L.R. 4 Ex. 13.....	173
Mattar v. Public Trustee.....	(1952), 5 W.W.R. (N.S.) 29.....	1091
McCutcheon and City of Toronto, Re.....	(1983), 147 D.L.R. (3d) 193.....	270, 516
McGill and City of Brantford, Re.....	(1980), 111 D.L.R. (3d) 405.....	1184, 1226
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.... 457, 465, 478, 481, 532, 558, 578, 607, 615, 617	
McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 654.....	1290
Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.....	(1978), 29 N.S.R. (2d) 703.....	1258
Mersey Docks and Harbour Board v. Turner (The "Zeta").....	[1893] A.C. 468.....	1291
Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.....	[1982] 1 F.C. 406.....	1293
Miller v. M.N.R.....	62 D.T.C. 1139.....	1051
Miller v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 680.....	89, 112
Mills v. The Queen.....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	587
MIS (Canada) Holdings Ltd.....	[1987] O.L.R.B. Rep. 865.....	1162
Mister Broadloom Corp. (1968) Ltd. v. Bank of Montreal.....	(1979), 25 O.R. (2d) 198.....	173
Miville v. Québec (Ville de).....	J.E. 82-609.....	153
Modernfold (Bas St-Laurent) Ltée v. New Castle Products (Canada) Ltd.....	[1973] C.S. 220.....	154
Moll and Fisher, Re.....	(1979), 23 O.R. (2d) 609.....	1196
Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners.....	[1926] A.C. 299.....	1283
Moore v. British Columbia.....	(1988), 50 D.L.R. (4th) 29.....	593
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.....	[1975] 1 S.C.R. 393.....	1105
Morton v. Asper.....	(1987), 49 Man. R. (2d) 167.....	1241
Mullaney v. Wilbur.....	421 U.S. 684 (1975).....	1377
Mulroney and Coates, Re.....	(1986), 27 D.L.R. (4th) 118.....	1099
Multi-Malls Inc. and Minister of Transportation and Communica- tions, Re.....	(1976), 14 O.R. (2d) 49.....	1203
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	1099
Munro v. National Capital Commission.....	[1966] S.C.R. 663.....	1286
Murphy v. The Queen.....	80 D.T.C. 6314.....	1074
Murray v. The Queen.....	[1962] Tas. S.R. 170.....	96

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Mutual Life & Citizens' Assurance Co. v. Evatt.....	[1971] 1 All E.R. 150.....	210
N		
N & L Construction Ltd., Re.....	(1987), 64 Nfld. & P.E.I.R. 271.....	683
Nash and The Queen, Re.....	(1982), 70 C.C.C. (2d) 490.....	591
National Bank of Canada v. Retail Clerks' International Union.....	[1984] 1 S.C.R. 269.....	667
National Bank of Canada v. Soucisse.....	[1981] 2 S.C.R. 339.....	157
National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations).....	[1990] 2 R.C.S. 1324.....	650, 694
National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal).....	[1990] 2 S.C.R. 1324.....	650, 694
National Energy Board (Re).....	[1988] 2 F.C. 196.....	1145
National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.....	(1989), 87 A.L.R. 539.....	1252
Nealy v. Johnston.....	(1989), 10 C.H.R.R. D/6450.....	927
Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.....	632 F. Supp. 418 (1986).....	1248
New York v. Ferber.....	458 U.S. 747 (1982).....	742
New York v. Fitzgerald.....	[1983] 5 W.W.R. 458.....	1091
New York Times Co. v. Sullivan.....	376 U.S. 254 (1964).....	739, 815
Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.....	[1981] 1 C.F. 293.....	1284
Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.	[1981] 1 F.C. 293.....	1284
Noivo Automobile Inc. v. Mazda Motors Canada Ltd.	[1974] C.S. 385.....	144
Norlympia Seafoods Ltd. v. Dale & Co.	[1983] I.L.R. 6475.....	211
North American Specialty Pipe Ltd. v. Magnum Sales Ltd.....	(1985), 31 A.C.W.S. (2d) 320.....	1091
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada (No. 2).....	[1983] 1 S.C.R. 733.....	599, 1139, 1149
Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des Travailleurs en communication du Canada (n° 2).....	[1983] 1 R.C.S. 733.....	599, 1139, 1149
Northern Telecom Ltd. v. Communications Workers of Canada (No. 1).....	[1980] 1 S.C.R. 115.....	1138, 1151
Northern Telecom Ltée c. Travailleurs en communication du Canada (n° 1).....	[1980] 1 R.C.S. 115.....	1138, 1151
Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines.....	[1951] 2 D.L.R. 241.....	207
Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.	607 F.2d 186 (1955).....	1251
O		
O'Dea v. O'Dea.....	(1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67.....	1255
Office national de l'énergie (Re).....	[1988] 2 C.F. 196.....	1145
Old St. Boniface Residents Assn. Inc. v. Winnipeg (City).....	[1990] 3 S.C.R. 1170.....	1216
Oley and Moffatt v. Fredericton.....	(1984), 57 N.B.R. (2d) 361.....	1184
Olmstead v. United States.....	277 U.S. 438 (1928).....	44
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.	[1989] 1 S.C.R. 206.....	1293
Ontario English Catholic Teachers Association and Essex County Roman Catholic School Board, Re.....	(1987), 58 O.R. (2d) 545.....	381, 616
Ontario Human Rights Commission v. Etobicoke.....	[1982] 1 S.C.R. 202.....	439

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons- Sears Ltd.....	[1985] 2 S.C.R. 536	440, 931
Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.....	[1989] 1 R.C.S. 206	1293
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	261, 336
Ortwein v. Commonwealth	76 Pa. 414 (1874)	1376

P

Palmer v. Ticcione	576 F.2d 459 (1978)	285
Pare v. Occidental Life Insurance Co. of California	(1986), 23 C.C.L.I. 288	211
People v. Krugman.....	141 N.W.2d 33 (1966)	1379
People v. Stockwell	242 N.W.2d 559 (1976)	1378
People v. Teicher	395 N.Y.S.2d 587 (S.C. N.Y.Co. 1977).....	55
Perrault v. The Queen	[1979] 1 F.C. 155	1052
Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n	460 U.S. 37 (1983)	817
Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry.....	(1967), 59 W.W.R. 622	1294
Pinsent Construction Ltd. v. International Union of Operating Engineers, Local 904	(1985), 55 Nfld. & P.E.I.R. 117	661
Plummer's Case.....	Kel J. 109, 84 E.R. 1103	106
Poirier c. Canada (Ministre des Affaires des anciens combattants) ...	[1989] 3 C.F. 233	590
Poirier v. Canada (Minister of Veterans Affairs).....	[1989] 3 F.C. 233	590
Pole Lite Ltée v. Banque Provinciale du Canada.....	[1984] C.A. 170	172
Police Department of the City of Chicago v. Mosley	408 U.S. 92 (1972)	816
Posadas de Puerto Rico Associates v. Tourism Co. of Puerto Rico ...	478 U.S. 328 (1986)	742
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia ...	[1982] 2 R.C.S. 307	600, 809
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal	[1978] 2 R.C.S. 770	809
Procureur général du Québec c. Blaikie	[1981] 1 R.C.S. 312	507, 540
Procureur général du Québec c. Côté	[1979] C.A. 118	639
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	1283
Prudential Trust Co. v. Forseth.....	[1960] S.C.R. 210.....	203

Q

Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.....	[1989] 2 S.C.R. 683	1288
Quaker Oats Co. of Canada v. Côté.....	[1949] Que. K.B. 389	143
Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée	[1977] 2 R.C.S. 1054	1290
Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.	[1977] 2 S.C.R. 1054	1290
Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson.....	(1883), 10 S.C.R. 222	1293

R

R. v. Abbey.....	[1982] 2 S.C.R. 24	1323, 1393
R. v. Andrews.....	(1988), 65 O.R. (2d) 161	757, 853
R. v. Andrews	[1990] 3 S.C.R. 870.....	713, 902, 947
R. v. B.(W.D.).....	(1987), 38 C.C.C. (3d) 12.....	632
R. v. Banas and Havercamp.....	(1982), 36 O.R. (2d) 164	1013
R. v. Becerra and Cooper	(1975), 62 Cr. App. R. 212	113

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
R. v. Bernard	[1988] 2 S.C.R. 833	357, 1352
R. v. Biasi	(1981), 66 C.C.C. (2d) 566	56
R. v. Big M Drug Mart Ltd.	[1985] 1 S.C.R. 295	262, 357, 755, 839
R. v. Black	[1970] 4 C.C.C. 251	99
R. v. Bruno	(1975), 27 C.C.C. (2d) 318	1364
R. v. Budic (No. 3)	(1978), 43 C.C.C. (2d) 419	1360
R. v. Burkinshaw	(1967), 60 D.L.R. (2d) 748	1258
R. v. Buzzanga and Durocher	(1979), 49 C.C.C. (2d) 369	773, 836, 877
R. v. Carrier	(1951), 104 C.C.C. 75	722, 823, 930
R. v. Clarkson	[1971] 3 All E.R. 344	100
R. v. Codere	(1916), 12 Cr. App. R. 21	1348, 1409
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265	12, 27, 58, 66
R. v. Conway	[1989] 1 S.C.R. 1659	993, 1006
R. v. Corbett	[1988] 1 S.C.R. 670	635
R. v. Cosgrove	(1975), 29 C.C.C. (2d) 169	99
R. v. Côté	(1979), 50 C.C.C. (2d) 564	639
R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.	[1988] 1 S.C.R. 401	1099
R. v. Cunningham	(1937), 68 C.C.C. 176	99
R. v. Davies	(1982), 1 C.C.C. (3d) 299	996
R. v. Debot	[1989] 2 S.C.R. 1140	18
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30	23, 33, 43, 60, 65
R. v. Dubois	[1985] 2 S.C.R. 350	629
R. v. Duguay	[1989] 1 S.C.R. 93	20, 65
R. v. Dyment	[1988] 2 S.C.R. 417	28, 47
R. v. Edwards Books and Art Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 713	280, 397, 424, 521, 548, 738, 965, 1341
R. v. Eldorado Nuclear Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 551	367
R. v. Finlay and Grellette	(1985), 23 C.C.C. (3d) 48	59
R. v. Fortin	(1989), 33 O.A.C. 123	990
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421	975, 995
R. v. Genest	[1989] 1 S.C.R. 59	32
R. v. Gill	(1963), 47 Cr. App. R. 166	1392
R. v. Godfrey	(1984), 11 C.C.C. (3d) 233	1316
R. v. Govedarov, Popovic and Askov	(1974), 16 C.C.C. (2d) 238	108
R. v. Greffe	[1990] 1 S.C.R. 755	27
R. v. Haley	(1986), 27 C.C.C. (3d) 454	24
R. v. Hamill	[1987] 1 S.C.R. 301	23, 33
R. v. Hartford and Frigon	(1979), 51 C.C.C. (2d) 462	96
R. v. Holmes	[1988] 1 S.C.R. 914	788, 843, 1329, 1369
R. v. Hull Prison Board of Visitors, ex parte St. Germain	[1979] 1 All E.R. 701	1203
R. v. Hunter	(1987), 34 C.C.C. (3d) 14	988
R. v. Jacoy	[1988] 2 S.C.R. 548	21, 66
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128	1007
R. v. Jones	[1986] 2 S.C.R. 284	738
R. v. Keegstra	[1990] 3 S.C.R. 697	873, 902, 947
R. v. Kent, Sinclair and Gode	(1986), 40 Man. R. (2d) 160	96
R. v. Keyowski	[1988] 1 S.C.R. 657	992, 1007
R. v. Kinzie	(1956), 25 C.R. 6	999

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Landry	[1986] 1 S.C.R. 145.....	57
R. v. Langille.....	(1986), 176 A.P.R. 262.....	631
R. v. Lloyd.....	(1890), 19 O.R. 352.....	99
R. v. Mack.....	[1988] 2 S.C.R. 903.....	991, 1016, 1019
R. v. Mannion.....	[1986] 2 S.C.R. 272.....	625
R. v. McAnish and Cook.....	(1973), 15 C.C.C. (2d) 494.....	1010
R. v. Moore.....	[1988] 1 S.C.R. 1097.....	1009
R. v. Moran.....	(1987), 36 C.C.C. (3d) 2.....	23
R. v. Morgentaler.....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	769, 851
R. v. Oakes.....	[1986] 1 S.C.R. 103.... 260, 339, 424, 462, 504, 548, 734, 845, 880, 907, 949, 1317, 1368, 1406	
R. v. Ontario Labour Relations Board, Ex parte Dunn	(1963), 39 D.L.R. (2d) 346.....	598
R. v. Paré.....	[1987] 2 S.C.R. 618.....	84, 94
R. v. Rahey.....	[1987] 1 S.C.R. 588.....	740
R. v. Rao.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 97.....	15, 54
R. v. Rice.....	(1902), 5 C.C.C. 509.....	107
R. v. Ross.....	[1989] 1 S.C.R. 3.....	67
R. v. S. (S.).....	[1990] 2 S.C.R. 254.....	386
R. v. Salajko.....	(1970), 9 C.R.N.S. 145.....	100
R. v. Saxell.....	(1980), 59 C.C.C. (2d) 176.....	1402
R. v. Scheller (No. 1)	(1976), 32 C.C.C. (2d) 273.....	1010
R. v. Schwartz.....	[1988] 2 S.C.R. 443.....	843, 1331, 1370
R. v. Sieben.....	[1987] 1 S.C.R. 295.....	23, 33
R. v. Simmons.....	[1988] 2 S.C.R. 495.....	22, 58
R. v. Simpson.....	(1977), 35 C.C.C. (2d) 337.....	1317, 1402
R. v. Simpson.....	[1988] 1 S.C.R. 3.....	116
R. v. Stannard.....	(1989), 52 C.C.C. (3d) 544.....	24
R. v. Stevens.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 518.....	85
R. v. Stevenson.....	(1984), 11 C.C.C. (3d) 443.....	101
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	19
R. v. Therens.....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	385
R. v. Thomsen.....	[1988] 1 S.C.R. 640.....	395
R. v. Trudeau and Toulouse.....	(1985), 12 O.A.C. 189.....	96
R. v. Turpin.....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	386, 475, 545
R. v. Vaillancourt.....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	1369
R. v. Viger.....	(1985), 36 C.C.C. (3d) 18.....	109
R. v. Weightman and Cunningham.....	(1977), 37 C.C.C. (2d) 303.....	1011
R. v. Whitehouse.....	(1940), 55 B.C.R. 420.....	111
R. v. Whitehouse.....	[1941] 1 D.L.R. 683.....	89
R. v. Whyte.....	[1988] 2 S.C.R. 3.....	789, 843, 884, 960, 1329, 1370
R. v. Wiggins.....	[1990] 1 S.C.R. 62.....	23, 33
R. v. Wilmot.....	(1940), 74 C.C.C. 1.....	639
R. v. Windle.....	[1952] 2 Q.B. 826.....	1348, 1409
R. v. Yanover and Gerol.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 300.....	100
R. v. Zundel.....	(1987), 58 O.R. (2d) 129.....	722, 823, 879
R. ex rel Ellerby v. Winnipeg.....	[1930] 1 W.W.R. 914.....	1182
Rabey v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 513.....	1321, 1398

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke	[1912] 1 Ch. 831	1242
Rasheed v. Bramhill	(1980), 2 C.H.R.R. D/249	930
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	726, 808
Reference re Industrial Relations and Disputes Act (the Stevedoring case)	[1955] S.C.R. 529	1136, 1150, 1293
Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)	[1987] 1 S.C.R. 313	278, 518, 749, 837
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123	726, 826, 915, 1341
Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)	[1989] 1 S.C.R. 922	386
Regents of the University of California v. Bakke	438 U.S. 265 (1978)	517
Regina v. Amber Valley District Council, Ex parte Jackson	[1985] 1 W.L.R. 298	1230
Reitman v. Mulkey	387 U.S. 369 (1967)	333
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)	[1990] 1 R.C.S. 1123	726, 826, 915, 1341
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714	601
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)	[1987] 1 R.C.S. 313	278, 518, 749, 837
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.	[1985] 2 R.C.S. 486	340, 743
Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)	[1989] 1 R.C.S. 922	386
Residential Tenancies Act, 1979, Re	[1981] 1 S.C.R. 714	601
Rivard Mechanical; Plumbers Union, Local 71, Re	[1981] OLRB Rep. May 550	678
Rivera v. Delaware	429 U.S. 877 (1976)	1377
Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario	[1990] 2 R.C.S. 232	726, 921
Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario	[1990] 2 S.C.R. 232	726, 921
Roglass Consultants Inc. v. Kennedy, Lock	(1984), 65 B.C.L.R. 393	1099
Ronald Elwyn Lister Ltd. v. Dunlop Canada Ltd.	[1982] 1 S.C.R. 726	173
Rondeau v. Poirier	[1980] C.A. 35	1060
Ross v. Dunstall	(1921), 62 S.C.R. 393	165
Roth v. United States	354 U.S. 476 (1957)	277, 517, 742
Roviaro v. United States	353 U.S. 53 (1957)	996
Rudolf Wolff & Co. v. Canada	[1990] 1 S.C.R. 695	386
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 S.C.R. 573	262, 320, 461, 502, 726, 810

S

Salomon v. A. Salomon and Co.	[1897] A.C. 22	133, 1056
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Engineering Students' Society	(1989), 56 D.L.R. (4th) 604	825
Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Saskatoon (City)	[1989] 2 S.C.R. 1297	441
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	808
Save Richmond Farmland Society v. Richmond (Township)	[1990] 3 S.C.R. 1213	1175, 1204
Schemmer v. Property Resources Ltd.	[1975] 1 Ch. 273	1090
Schenck v. United States	249 U.S. 47 (1919)	813
Schibsby v. Westenholz	(1870), L.R. 6 Q.B. 155	1088
Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.	[1983] 5 W.W.R. 151	1258
Schwartz v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 673	1347, 1407
Scott v. Wawanesa Mutual Insurance Co.	[1989] 1 S.C.R. 1445	224
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.	[1986] 2 R.C.S. 573	262, 320, 461, 502, 726, 810

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
Service Employees' International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association.....	[1975] 1 S.C.R. 382	668
Sheppard and Sheppard, Re	(1976), 67 D.L.R. (3d) 592	934
Shewchuk and Ricard; Attorney-General of British Columbia.....	(1986), 28 D.L.R. (4th) 429	591
Shipman v. Phinn	(1914), 19 D.L.R. 305.....	1294
Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.....	518 F.2d 751 (1975).....	1251
Silverman v. Heaps	[1967] C.S. 536	178
Singbeil v. Hansen	(1985), 19 D.L.R. (4th) 48	1281
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	554, 564, 755
Singh v. Minister of Employment and Immigration.....	[1985] 1 S.C.R. 177.....	554, 564, 755
Singh v. Rajah of Faridkote.....	[1894] A.C. 670	1087
Sjodin v. Insurance Corporation of British Columbia.....	[1987] I.L.R. 8319.....	221
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.. 265, 396, 517, 736, 919, 964	
Smith v. Fecampois.....	[1929] 2 D.L.R. 925	1294
Smythe v. The King	[1941] S.C.R. 17.....	1317
Southam Inc. and The Queen (No. 1), Re	(1983), 41 O.R. (2d) 113	421
Southern Pacific Transportation Co. v. Public Utilities Commission.....	18 Cal.3d 308 (1976).....	603
Spencer v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 278	1096
St-Laurent v. Lapointe	[1950] Que. K.B. 229	144
Stapleton v. The Queen	(1952), 86 C.L.R. 358.....	1349, 1410
Steed & Evans Ltd. v. MacTavish	(1976), 12 O.R. (2d) 236	1253
Stein c. Le navire "Kathy K"	[1976] 2 R.C.S. 802.....	203, 1296
Stein v. The "Kathy K"	[1976] 2 S.C.R. 802	203, 1296
Stewart v. Standard Broadcasting Corp.....	J.E. 90-75.....	154
Stoffman v. Vancouver Gen. Hosp.....	(1988), 21 B.C.L.R. (2d) 165	381
Stoffman v. Vancouver General Hospital.....	[1990] 3 S.C.R. 483	255, 463
Stoner v. California.....	376 U.S. 483 (1964).....	54
Stuart Investments Ltd. v. The Queen.....	[1984] 1 S.C.R. 536	1049, 1072
Supermarchés Jean Labrecque Inc. v. Flamand	[1987] 2 S.C.R. 219	594
Switzman v. Elbling.....	[1957] S.C.R. 285	726, 808
Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick.....	[1979] 2 R.C.S. 227	650, 668
Syndicat des camionneurs, section locale 938 c. Massicotte.....	[1982] 1 R.C.S. 710	654
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)	[1989] 2 R.C.S. 879	1191
Syndicat des employés de production du Québec et de l'Acadie v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1989] 2 S.C.R. 879	1191

T

T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.....	113 F. Supp. 265 (1953)	1248
Taylor and Western Guard Party v. Canada, Communication No. 104/1981, Report of the Human Rights Committee, 38 U.N. GAOR, Supp. No. 40 (A/38/40) 231 (1983).....	Decision reported in part at (1983), 5 C.H.R.R. D/2097.....	752, 821, 920
Taylor (David) & Son, Ltd. v. Barnett.....	[1953] 1 All E.R. 843.....	596

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Taylor et Western Guard Party c. Canada, Communication 104/1981, Rapport du Comité des droits de l'homme, 38 U.N. GAOR, Supp. n° 40 (A/38/40) 246 (1983)	Décision publiée en partie à (1983), 5 C.H.R.R. D/2097	752, 821, 920
Teamsters Union, Local 938 v. Massicotte	[1982] 1 S.C.R. 710	654
Terminaux portuaires du Québec Inc. v. Association des Employeurs maritimes	(1988), 89 N.R. 278	590
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada)	[1989] 2 C.F. 245	593
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)	[1989] 2 R.C.S. 1110	642
Tétreault-Gadoury v. Canada (Canada Employment and Immigra- tion Commission)	[1989] 2 F.C. 245	593
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission)	[1989] 2 S.C.R. 1110	642
The "Lionel" v. The "Manchester Merchant"	[1970] S.C.R. 538	1296
The Alastor	[1981] 1 Lloyd's Rep. 581	1298
The Atlantic Star	[1973] 2 All E.R. 175	1098
The Marriage of R.P. and A.A. Gagliano, Re	(1989), 12 Fam. L.R. 843	1252
The Queen v. Golden	[1986] 1 S.C.R. 209	1049
The Queen and Cottrell Forwarding Co., Re	(1981), 124 D.L.R. (3d) 674	1162
The Schooner Exchange v. M'Faddon	11 U.S. (7 Cranch) 116 (1812)	1096
The Sir Robert Peel	(1880), 4 Asp. M.L.C. 321	202
Thomson v. Smith Mechanical Inc.	[1985] C.S. 782	1256
Tollett v. United States	485 F.2d 1087 (1973)	739
Toms v. Wilson	(1862), 4 B. & S. 442, 122 E.R. 524	173
Toronto Electric Commissioners v. Snider	[1925] A.C. 396	1149
Touche Ross Ltd. v. Sorrel Resources Ltd.	(1987), 11 B.C.L.R. (2d) 184	1099
Traders Group Ltd. v. Hopkins	(1968), 69 D.L.R. (2d) 250	1092
Travelers Insurance Co. of Canada v. Corriveau	[1982] 2 S.C.R. 866	189
Travers v. Holley	[1953] 2 All E.R. 794	1085
Tremblay v. Daigle	[1989] 2 S.C.R. 530	262
Tri Power Construction Ltd. v. United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America	(1984), 8 CLRBR (NS) 332	685
Tribunal des droits de la personne et Énergie atomique du Canada Ltée, Re	[1986] 1 C.F. 103	942, 971
Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.	[1983] 1 S.C.R. 283	1288
Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.	[1979] 2 S.C.R. 157	1288
Trottier v. British American Oil Ltd.	[1977] C.A. 576	189

U

U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.	637 F. Supp. 1556 (1986)	1248
Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden	[1899] A.C. 580	1286
Union des facteurs du Canada c. Syndicat des postiers du Canada	[1975] 1 R.C.S. 178	1137, 1151
Union internationale des employés des services, local n° 333 c. Nipa- win District Staff Nurses Association	[1975] 1 R.C.S. 382	668

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOVI	PAGE
United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. N. D. Dobin Ltd. and Bradco Ltd. (Newfoundland Labour Relations Board).....	Unreported without written reasons/Inédit sans motifs écrits, March 1985).....	681
United Brotherhood of Carpenters and Joiners v. Robco Ltd. and Brookfield Investments Ltd. (Newfoundland Labour Relations Board).....	Unreported/Inédit, May 1985).....	681
United Brotherhood of Carpenters & Joiners of America v. Cana Construction Co.	(1984), 9 CLRBR (NS) 175.....	679
United States v. Agapito	620 F.2d 324 (2d Cir. 1980).....	55
United States v. Biasucci.....	786 F.2d 504 (2d Cir. 1986).....	55
United States v. Pasarell.....	727 F.2d 13 (1984).....	1378
United States v. Samuels.....	801 F.2d 1052 (1986).....	1378
United States v. Voice.....	627 F.2d 138 (1980).....	1378
United States of America v. Cotroni.....	[1989] 1 S.C.R. 1469.....	280, 520, 1389
United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.....	(1982), 141 D.L.R. (3d) 157.....	1259
United Steelworkers of America v. Thorco Manufacturing Ltd.....	(1965), 65 CLLC ¶ 16,052.....	674

V

Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673.....	1196
Vancouver v. Rhodes	[1955] 1 D.L.R. 139.....	1281
Viandes Seficlo Inc. v. Union des Employés de Commerce	(1984), 84 CLLC ¶ 14,047.....	679
Vicply Inc. v. Royal Bank of Canada.....	[1989] R.R.A. 11.....	174

W

Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.....	[1981] 1 S.C.R. 578.....	165
Walithy Charters Ltd. v. Doig.....	(1979), 15 B.C.L.R. 45.....	1298
Walker v. City of Birmingham	388 U.S. 307 (1967).....	973
Walsh v. Herman.....	(1908), 13 B.C.R. 314.....	1091
Warren and Chapman, Re.....	(1984), 11 D.L.R. (4th) 474.....	825
Wedlay v. Quist.....	(1953), 10 W.W.R. (N.S.) 21.....	1091
Weiner v. Singh.....	(1981), 22 C.P.C. 230.....	1092
West Virginia State Board of Education v. Barnette.....	319 U.S. 624 (1943).....	812
Whalen and Neal, Re.....	(1982), 31 C.P.C. 1.....	1092
White v. Banque Nationale du Canada.....	[1986] R.R.A. 207n.....	153
Whitney v. California.....	274 U.S. 357 (1927).....	813
Wigle v. Allstate Insurance Co. of Canada.....	(1984), 49 O.R. (2d) 101.....	200
Windsor Airline Limousine Services Ltd. and Ontario Taxi Association 1688, Re.....	(1980), 117 D.L.R. (3d) 400.....	598
Wismer and Javelin International Ltd., Re.....	(1982), 136 D.L.R. (3d) 647.....	1099
Wiswell v. Metropolitan Corporation of Greater Winnipeg.....	[1965] S.C.R. 512.....	1182, 1222
Wollen v. Borough of Fort Lee.....	142 A.2d 881 (1958).....	1227
Woodside v. Gibraltar General Insurance Co.....	(1988), 34 C.C.L.I. 150.....	211
Woolmington v. Director of Public Prosecutions.....	[1935] A.C. 462.....	1335, 1368

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
X		
X. c. République fédérale d'Allemagne, Comm. Eur. D. H.	Requête n° 9235/81, 16 juillet 1982, D.R. 29, p. 194.....	753
X. v. Federal Republic of Germany, Eur. Comm. H. R.....	Application No. 9235/81, July 16, 1982, D.R. 29, p. 194	753
Z		
Zap v. United States.....	328 U.S. 624 (1946).....	406
Zingre v. The Queen.....	[1981] 2 S.C.R. 392	1096
Zwarick c. Canada (Procureur général).....	[1987] 3 C.F. 253	593
Zwarich v. Canada (Attorney General)	[1987] 3 F.C. 253	593

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B		s. 32(1).....	451
		s. 32(1)(a).....	483
		s. 32(1)(b).....	483
Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10		Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33	
s. 24(4).....	1020	s. 2.....	892
s. 40.....	1020	s. 13(1).....	892
s. 97(1).....	1020	Canadian National Railways Act, R.S.C. 1970, c. C-10	
s. 234.....	1020	s. 18(1).....	1112
C		City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105	
Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10		s. 599.....	1170
s. 5(1).....	618	s. 609(1).....	1170
s. 5(2).....	618	s. 609(2).....	1170
s. 10.....	618	City of Winnipeg	
Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1		By-Law 2960/81.....	1170
art. 2.....	1112	Civil Code of Lower Canada	
art. 4.....	1112	art. 1024.....	122
art. 108.....	1112	art. 1053.....	122
Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9		art. 1056c.....	122
s. 647.....	1273	College and Institute Act, R.S.B.C. 1979, c. 53	
s. 648.....	1273	s. 2(1).....	570
s. 649.....	1273	s. 2(2).....	570
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 3.....	570
s. 1.....	3, 451, 483, 570, 618, 697, 870, 892, 1303	s. 5(1).....	570
s. 2(b).....	697, 870, 892	s. 5(2).....	570
s. 7.....	979	s. 6.....	570
s. 8.....	36	s. 7.....	570
s. 9.....	36	s. 12.....	570
s. 10(b).....	36	s. 12(1)(c).....	570
s. 11(b).....	979	s. 17.....	570
s. 11(d).....	697, 870, 979, 1303	s. 29(1).....	570
s. 13.....	618	s. 53(1).....	570
s. 15.....	229, 697	s. 61.....	570
s. 15(1).....	451, 483, 570	Compensation Stabilization Act, S.B.C. 1982, c. 32	
s. 15(2).....	451	s. 2.1.....	570
s. 24(1).....	570	s. 9.....	570
s. 24(2).....	3, 36	s. 14.....	570
s. 27.....	697	s. 15.....	570
s. 32.....	229, 570	s. 16.....	570

	PAGE		PAGE
Constitutional Act, 1867		s. 18	483
s. 91(2)	1273	s. 30	483
s. 91(10)	1273	s. 32	483
s. 91(29)	1112	s. 36(1)	483
s. 92(10(a))	1112	s. 36(2)	483
s. 92(10)(c)	1112	s. 36(3)	483
s. 92(13)	1112, 1273	s. 36(4)	483
s. 101	1273	s. 37	483
Constitution Act, 1982		s. 40	483
s. 52(1)	570	s. 41(1)	483
Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, c. 75		s. 44	483
s. 31(6)	1077	s. 45	483
s. 40	1077	Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22	
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34		s. 1	451
s. 21	74	Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53	
s. 178.13(2)(c)	36	s. 9(a)	229
s. 214(5)	74		
s. 232(2)	618	I	
s. 508	979	Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63	
s. 626	979	s. 56(2)	1020
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, c. 212	570
s. 16	1303		
s. 319	697	J	
s. 319(2)	870	Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209	1213
s. 319(3)	870		
s. 327(1)	695	L	
s. 691(1)(a)	1422	Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212	
		s. 98	570
F			
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10		M	
s. 22	1273	Medical Staff Regulation 5.04	483
		Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290	
H		s. 956(1)	1213
Hospital Act, R.S.B.C. 1979, c. 176		s. 956(2)	1213
s. 1	483	s. 956(3)	1213
s. 2(1)(a)	483		
s. 2(1)(c)	483		
s. 2(1)(d)	483		
s. 2(3)	483		
s. 4	483		

	PAGE		PAGE
N		T	
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1		Township of Richmond	
s. 10(1)(a).....	3	By-Law 5300.....	1213
P		U	
Public Service Labour Relations Act, R.S.B.C.		University Act, R.S.B.C. 1979, c. 419.....	
1979, c. 346			451
s. 1(1).....	570		
R		V	
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2		Vancouver General Hospital Act, S.B.C. 1970, c.	
s. 6(1)(c).....	1112	55	
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-		s. 2(1)(a).....	483
74		s. 2(1)(b).....	483
r. 29(1).....	122	s. 2(1)(c).....	483
		s. 2(1)(d).....	483
		s. 5.....	483
		s. 6.....	483
		s. 6(b).....	483
		s. 11.....	483
		s. 32.....	483
S			
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26			
s. 48.....	122		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
B			
Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10			
art. 24(4)	1020		
art. 40	1020		
art. 97(1)	1020		
art. 234	1020		
C			
Canton de Richmond			
règlement 5300	1213		
Charte canadienne des droits et libertés			
art. 1 3, 451, 483, 570, 618, 697, 870, 892, 1303			
art. 2b)	697, 870, 892		
art. 7	979		
art. 8	36		
art. 9	36		
art. 10b)	36		
art. 11b)	979		
art. 11d)	697, 870, 979, 1303		
art. 13	618		
art. 15	229, 697		
art. 15(1)	451, 483, 570		
art. 15(2)	451		
art. 24(1)	570		
art. 24(2)	3, 36		
art. 27	697		
art. 32	229, 570		
art. 32(1)	451		
art. 32(1)a)	483		
art. 32(1)b)	483		
City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105			
art. 599	1170		
art. 609(1)	1170		
art. 609(2)	1170		
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, ch. L-1			
art. 2	1112		
art. 4	1112		
		art. 108	1112
		Code civil du Bas-Canada	
		art. 1024	122
		art. 1053	122
		art. 1056c	122
		Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46	
		art. 16	1303
		art. 319	697
		art. 319(2)	870
		art. 319(3)	870
		art. 327(1)	695
		art. 691(1)a)	1422
		Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34	
		art. 21	74
		art. 178.13(2)c)	36
		art. 214(5)	74
		art. 232(2)	618
		art. 508	979
		art. 626	979
		Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53	
		art. 9a)	229
		College and Institute Act, R.S.B.C. 1979, ch. 53	
		art. 2(1)	570
		art. 2(2)	570
		art. 3	570
		art. 5(1)	570
		art. 5(2)	570
		art. 6	570
		art. 7	570
		art. 12	570
		art. 12(1)c)	570
		art. 17	570
		art. 29(1)	570
		art. 53(1)	570
		art. 61	570
		Compensation Stabilization Act, S.B.C. 1982, ch. 32	
		art. 2.1	570
		art. 9	570

	PAGE		PAGE
art. 14.....	570	art. 98.....	570
art. 15.....	570	Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77 ch. 33	
art. 16.....	570	art. 2.....	892
Court Order Enforcement Act, R.S.B.C. 1979, ch. 75		art. 13(1).....	892
art. 31(6).....	1077	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 40.....	1077	art. 91(2).....	1273
		art. 91(10).....	1273
H		art. 91(29).....	1112
Hospital Act, R.S.B.C. 1979, ch. 176		art. 92(10)a).....	1112
art. 1.....	483	art. 92(10)c).....	1112
art. 2(1)a).....	483	art. 92(13).....	1112, 1273
art. 2(1)c).....	483	art. 101.....	1273
art. 2(1)d).....	483	Loi constitutionnelle de 1982	
art. 2(3).....	483	art. 52(1).....	570
art. 4.....	483	Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63	
art. 18.....	483	art. 56(2).....	1020
art. 30.....	483	Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2 ^e supp.), ch. 10	
art. 32.....	483	art. 22.....	1273
art. 36(1).....	483	Loi sur la Cour suprême du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 36(2).....	483	art. 48.....	122
art. 36(3).....	483	Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9	
art. 36(4).....	483	art. 647.....	1273
art. 37.....	483	art. 648.....	1273
art. 40.....	483	art. 649.....	1273
art. 41(1).....	483	Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. 5	
art. 44.....	483	art. 5(1).....	618
art. 45.....	483	art. 5(2).....	618
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22		art. 10.....	618
art. 1.....	451	Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2	
		art. 6(1)c).....	1112
I		Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada, S.R.C. 1970, ch. C-10	
Industrial Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 212... 570		art. 18(1).....	1112
		Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1	
J		art. 10(1)a).....	3
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, ch. 209.....	1213		
		M	
L		Medical Staff Regulation 5.04.....	483
Labour Code, R.S.B.C. 1979, ch. 212		Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290	
		art. 956(1).....	1213

	PAGE
art. 956(2)	1213
art. 956(3)	1213

P

Public Service Labour Relations Act, R.S.B.C. 1979, ch. 346	
art. 1(1)	570

R

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74	
art. 29(1)	122

U

University Act, R.S.B.C. 1979, ch. 419	451
--	-----

V

Vancouver General Hospital Act, S.B.C. 1970, ch. 55	
art. 2(1)a)	483
art. 2(1)b)	483
art. 2(1)c)	483
art. 2(1)d)	483
art. 5	483
art. 6	483
art. 6b)	483
art. 11	483
art. 32	483
Ville de Winnipeg	
règlement 2960/81	1170

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abbott, Harry. <i>A Treatise on the Railway Law of Canada</i> . Montreal: C. Theoret, 1896	346
Abella, Rosalie S. "Limitations on the Right to Equality Before the Law," in Armand de Mestral, et al., eds., <i>The Limitation of Human Rights in Comparative Constitutional Law</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais Inc., 1986	422
Abella, Rosalie S. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984	387
Abella, Rosalie S. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984	387
Adams, George W. <i>Canadian Labour Law</i> . Aurora: Canada Law Book Inc., 1985	676
Aleinikoff, T. Alexander. "Constitutional Law in the Age of Balancing" (1987), 96 <i>Yale L.J.</i> 943	742
American Bar Association. Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice. <i>First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards</i> . Washington: American Bar Association, 1983	1381
Amsterdam, Anthony G. "Perspectives On The Fourth Amendment" (1974), 58 <i>Minn. L. Rev.</i> 349	45
Angus, David. "Abuse of Rights in Contractual Matters in the Province of Quebec" (1962), 8 <i>McGill L.J.</i> 150	140
Appleton, Ch. "Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits" (1924), 78 <i>Revue internationale de l'enseignement</i> 142	137
Association du Barreau canadien. <i>Code de déontologie professionnelle</i> . Adopté le 25 août 1974	1245, 1267
Association du Barreau canadien. <i>Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred</i> . Par Ken Norman, John D. McAlpine et Hymie Weinstein, 1984	749, 919
Atcheson, M. Elizabeth and Lynne Sullivan. "Passage to Retirement: Age Discrimination and the Charter", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds. <i>Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswells, 1985	294
Baggaley, Carman D. <i>The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867-1939</i> . Ottawa: Economic Council of Canada, 1981	347
Baudouin, Jean-Louis. "Contrat — Application de la théorie de l'abus de droit en matières contractuelles" (1971), 31 <i>R. du B.</i> 335	157
Baudouin, Jean-Louis. <i>La responsabilité civile délictuelle</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1990	141
Baudouin, Jean-Louis. <i>Les obligations</i> , 3 ^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989	156
Baudouin, Louis. <i>Le droit civil de la Province de Québec</i> . Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1953	161
Bazelon, David L. "Civil Liberties — Protecting Old Values in the New Century" (1976), 51 <i>N.Y.U. L. Rev.</i> 505	353
Beatty, David. "Constitutional Concepts: The Coercive Authority of Courts" (1987), 37 <i>U.T.L.J.</i> 183	329

Beckton, Clare. "Freedom of Expression". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 195	727
Beckton, Clare. "Liberté d'expression". Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 223	727
Bennett, R. B. The First Address, January 2nd, 1935. Cited in J.H.R. Wilbur, ed., <i>The Bennett New Deal: Fraud or Portent? Issues in Canadian History</i> . Toronto: Copp Clark Publishing Company, 1968	349
Berle, Adolf A., Jr. "Constitutional Limitations on Corporate Activity — Protection of Personal Rights from Invasion Through Economic Power" (1952), 100 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 933	353
Berlin, Isaiah. <i>Éloge de la liberté</i> . Traduit de l'anglais par Jacqueline Carnaud et Jacqueline Lahana. Paris: Calmann-Lévy, 1988	746
Berlin, Isaiah. <i>Four Essays on Liberty</i> . New York: Oxford University Press, 1969	746
Bessner, Ronda. "The Constitutionality of the Group Libel Offences in the Canadian Criminal Code" (1988), 17 <i>Man. L.J.</i> 183	759
Bewers, M. S. "Comments — Defendant's Right to a Confidential Informant's Identity" (1979), 40 <i>La. L. Rev.</i> 146	994
Black, Vaughan. "Enforcement of Judgments and Judicial Jurisdiction in Canada" (1989), 9 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 547	1094
Black, William and Lynn Smith. "Note" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 591	392
Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "navigate", "navigation"	1283
Blom, Joost. "Conflict of Laws — Enforcement of Extraprovincial Default Judgment — Reciprocity of Jurisdiction: <i>Morguard Investments Ltd. v. De Savoye</i> " (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 359	1103
Boisvert, Anne-Marie. "Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale" (1990), 69 <i>Can. Bar Rev.</i> 46	1357
Boivin, Michelle. "Le droit aux dividendes et le dividende "discretionnaire" " (1987), 47 <i>R. du B.</i> 73	1046, 1061
Bollinger, Lee C. <i>The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America</i> . New York: Oxford University Press, 1986	765
Borovoy, A. Alan. "Freedom of Expression: Some Recurring Impediments". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., <i>Justice Beyond Orwell</i> . Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985, 125	759
Borovoy, A. Alan. <i>When Freedoms Collide: The Case for our Civil Liberties</i> . Toronto: Lester & Orpen Denys, 1988	853
Bottos, Dino. "Keegstra and Andrews: A Commentary on Hate Propaganda and the Freedom of Expression" (1989), 27 <i>Alta. L. Rev.</i> 461	759
Braun, Stefan. "Social and Racial Tolerance and Freedom of Expression in a Democratic Society: Friends or Foes? <i>Regina v. Zundel</i> " (1987), 11 <i>Dalhousie L.J.</i> 471	759
Brown, Craig and Julio Menezes. <i>Insurance Law in Canada</i> . Toronto: Carswells, 1982	224
Bryden, R. M. "The Law of Dividends", in Jacob S. Ziegel, ed., <i>Studies in Canadian Company Law</i> . Toronto: Butterworths, 1967	1046
Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur la participation des minorités visibles à la société canadienne. <i>L'égalité ça presse!</i> Ottawa: Approvisionnement et Services, 1984	745, 847, 919
Canada. Comité spécial de la propagande haineuse au Canada. <i>Rapport du Comité spécial de la propagande haineuse au Canada</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966	724, 824, 879, 966
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. <i>Droit pénal: Partie générale — responsabilité et moyens de défense</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1982....	1318, 1397
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 50. <i>La propagande haineuse</i> . Ottawa: La Commission, 1986	749, 919

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1987	1385
Canada. Commission de réforme du droit. <i>The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law</i> . Unpublished paper prepared by Patrick Healy, 1986	1383
Canada. Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle. <i>Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle</i> . Hull: Imprimeur de la Reine, 1956	1359
Canada. Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement. <i>Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1962	352
Canada. Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité. <i>Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité</i> . (Commission Lambert). Ottawa: Vérificateur général du Canada, 1979	352
Canada. House of Commons. <i>Debates of the House of Commons</i> . Third Session, Ninth Parliament. Ottawa: King's Printer, 1903	346
Canada. House of Commons. Special Committee on the Participation of Visible Minorities in Canadian Society. <i>Equality Now!</i> Ottawa: Supply and Services, 1984	745, 847, 919
Canada. Law Reform Commission. Report 31. <i>Recodifying Criminal Law</i> . Ottawa: The Commission, 1987	1385
Canada. Law Reform Commission. <i>The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law</i> . Unpublished paper prepared by Patrick Healy, 1986	1383
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. <i>Criminal Law: The General Part — Liability and Defences</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982	1318, 1397
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 50. <i>Hate Propaganda</i> . Ottawa: The Commission, 1986	749, 919
Canada. Parlement. <i>Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada</i> . Première session de la trente-deuxième législature. Ottawa: 1980-81	341
Canada. Parlement. Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité. <i>Égalité pour tous</i> . Ottawa: 1985	308, 432
Canada. Parliament. <i>Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada</i> . First Session of the Thirty-second Parliament. Ottawa: 1980-81	341
Canada. Parliament. Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights. <i>Equality For All</i> . Ottawa: 1985	308, 432
Canada. Royal Commission on Financial Management & Accountability. <i>Royal Commission on Management and Accountability</i> . (Lambert Commission). Ottawa: Auditor General of Canada, 1979	352
Canada. Royal Commission on Government Organization. <i>The Royal Commission on Government Organization</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1962	352
Canada. Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases. <i>Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases</i> . Hull: Queen's Printer, 1956	1359
Canada. Sénat. Comité spécial du Sénat sur les politiques relatives à l'âge de la retraite. <i>Retraite sans douleur</i> , 1979	293
Canada. Senate. A Report of the Special Senate Committee on Retirement Age Policies. <i>Retirement Without Tears</i> . 1979	293
Canada. Special Committee on Hate Propaganda in Canada. <i>Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1966	724, 824, 879, 966
Canadian Bar Association. <i>Code of Professional Conduct</i> . Adopted August 25, 1974	1245, 1267
Canadian Bar Association. <i>Report of the Special Committee on Racial and Religious Hatred</i> . By Ken Norman, John D. McAlpine and Hymie Weinstein, 1984	749, 919

Canadian Human Rights Commission. <i>Annual Report 1989</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.....	847
Canadian Labour Congress, Resolution No. 377, 1980.....	312
Caron, Maximilien. <i>Précis de droit des effets de commerce</i> , 7 ^e éd. rév. par Albert Bohémier. Montréal: Beauchemin, 1978.....	168
Castel, J.-G. "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Personam and in Rem in the Common Law Provinces of Canada" (1971), 17 <i>McGill L.J.</i> 11.....	1086
Charles, William H., Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson. <i>Evidence and the Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Butterworths, 1989.....	1332
Charmont, J. "L'abus du droit" (1902), 1 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 113.....	139
Chemersinsky, Erwin. "Rethinking State Action" (1985), 80 <i>Nw. U.L. Rev.</i> 503.....	353
Colvin, Eric. "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 <i>Oxford J. Legal Stud.</i> 381.....	1322
Colvin, Eric. <i>Principles of Criminal Law</i> . Toronto: Carswells, 1986.....	1319, 1385, 1400
Commission canadienne des droits de la personne. <i>Rapport annuel 1989</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1990.....	847
Commission on the Government of the University of Toronto. Report of The Commission on the Government of the University of Toronto. <i>Toward Community in University Government</i> . (Bissell Report). Toronto: University of Toronto Press, 1970.....	375
Continuing Legal Education Society of British Columbia. <i>Insurance Law — 1985</i> . Materials prepared for a Continuing Legal Education Seminar held in Vancouver, B.C. on April 13, 1985. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1985.....	217
Cornu, Gérard. <i>Droit civil (Introduction: Les personnes — Les biens)</i> , 4 ^e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1990.....	139
<i>Corpus Juris Civilis</i> , 11 ^e éd. Par C. M. Galisset. Paris: A. Cotelle, 1881.....	137
<i>Corpus Juris Secundum</i> , vol. 73, 2nd ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1983.....	603
Corry, J. A. <i>L'expansion des services administratifs depuis la Confédération</i> . Étude préparée pour la Commission royale des relations entre le dominion et les provinces. Ottawa. 1939.....	344
Corry, J. A. <i>The Growth of Government Activities Since Confederation</i> . A Study Prepared for the Royal Commission on Dominion-Provincial Relations. Ottawa: 1939.....	344
Côté, Pierre-André. "La recevabilité des arguments fondés sur les chartes des droits devant les tribunaux administratifs" (1989), 49 <i>R. du B.</i> 455.....	601
Cotler, Irwin. "Hate Literature". In Rosalie S. Abella and Melvin L. Rothman, eds., <i>Justice Beyond Orwell</i> . Montréal: Éditions Yvon Blais Inc., 1985.....	117, 733
Crépeau, Paul-André. <i>L'intensité de l'obligation juridique ou des obligations de diligence, de résultat et de garantie</i> . Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1989.....	183
Crépeau, Paul-André. "Le contenu obligationnel d'un contrat" (1965), 43 <i>Can. Bar. Rev.</i> 1.....	143
Crépeau, Paul-André. <i>Théorie générale de l'obligation juridique: éléments d'une introduction</i> . Montréal: Quebec Research Centre of Private & Comparative Law, 1987.....	163
Davis, Kenneth Culp. <i>Administrative Law Treatise</i> , vol. 4, 2nd ed. San Diego: K. C. Davis Pub. Co., University of San Diego, 1983.....	603
de Montigny, Yves. "Section 32 and Equality Rights", in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., <i>Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswells, 1985.....	334
Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. "Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?", [1990] <i>N.Z.L.J.</i> 43.....	1253
Delgado, Richard. "Words That Wound: A Tort Action for Racial Insults, Epithets, and Name-Calling" (1982), 17 <i>Harv. C.R.-C.L. L. Rev.</i> 133.....	741

“Developments in the Law — Conflicts of Interest in the Legal Profession” (1981), 94 <i>Harv. L. Rev.</i> 1247.....	1248
“ <i>Doe v. University of Michigan</i> : First Amendment — Racist and Sexist Expression on Campus — Court Strikes Down University Limits on Hate Speech” (1990), 103 <i>Harv. L. Rev.</i> 1397	741
Domat, Jean. <i>Oeuvres de J. Domat</i> , t. 4, 1 ^{re} éd. in-octavo par M. Carré. Paris: Kleffer, 1823	138
Dorman, Robert. <i>A Statutory History of the Steam and Electric Railways of Canada, 1836-1937</i> . Ottawa: 1938	345
Doskow, Ambrose and Sidney B. Jacoby. “Anti-Semitism and the Law in Pre-Nazi Germany” (1940), 3 <i>Contemporary Jewish Record</i> 498	770
Eberts, Mary. “Sex-based Discrimination and the Charter”, in Anne F. Bayefsky and Mary Eberts, eds., <i>Equality Rights and the Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> . Toronto: Carswells, 1985	383
Edinger, Elizabeth. “Discretion in the Assumption and Exercise of Jurisdiction in British Columbia” (1982), 16 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 1	1110
Eisenberg, Melvin A. “The Legal Roles of Shareholders and Management in Modern Corporate Decision-making” (1969), 57 <i>Cal. L. Rev.</i> 1	1048
Ely, John Hart. <i>Democracy and Distrust</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980	297
Emerson, Thomas I. “Toward a General Theory of the First Amendment” (1963), 72 <i>Yale L.J.</i> 877	804
Etherington, Brian. Comment. “Retail, Wholesale and Dept. Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.” (1987), 66 <i>Can. Bar Rev.</i> 818	330
Evans, J. M. “Administrative Tribunals and Charter Challenges” (1988), 2 <i>C.J.A.L.P.</i> 13	602
Ferguson, G. “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 <i>Queen's L.J.</i> 135	1379
Fernandes, Rui M. <i>Boating Law of Canada</i> . Toronto: Carswells, 1989	1296
Finkelstein, Neil. “Sections 1 and 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the Relevance of the U.S. Experience,” [1985-86] <i>Advocates' Q.</i> 188	424
Fish, Arthur. “Hate Promotion and Freedom of Expression: Truth and Consequences” (1989), 11 <i>Can. J.L. & Juris.</i> 111	759, 831
Fortin, Jacques et Louise Viau. <i>Traité de droit pénal général</i> . Montréal: Thémis, 1982	1356
Foster, Sir Michael. <i>Foster's Crown Law</i> . London: 1809	106
Fraser, William Kaspar. <i>Company Law of Canada</i> , 5th ed. By J. L. Stewart and M. Laird Palmer. Toronto: Carswells, 1962	1059
Gaskell, N. J. J., C. Debattista and R. J. Swatton, <i>Chorley & Giles' Shipping Law</i> . London: Pitman, 1987.....	1296
Ghestin, Jacques et Gilles Goubeaux. <i>Traité de droit civil</i> , t. 1, <i>Introduction générale</i> , 3 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1990	143
Gibson, Dale. “Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of “Government” Under Section 32(1) of the Charter” (1983), 13 <i>Man L.J.</i> 505	333
Gibson, Dale. “Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms,” in W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary</i> . Toronto: Carswells, 1982	597
Gibson, Dale. “La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés,” dans W. S. Tarnopolsky et G.-A. Beaudoin, éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982	597
Gibson, Dale. “The Charter of Rights and the Private Sector” (1982), 12 <i>Man. L.J.</i> 213	333
Gibson, Dale. <i>The Law of the Charter: General Principles</i> . Toronto: Carswells, 1986	333
Gibson, Dale. “What did Dolphin Deliver?” in Gérald-A. Beaudoin, ed., <i>Your Clients and the Charter — Liberty and Equality</i> . Canadian Bar Association Colloquium. Montreal: 1987	329

Gibson, Dale and Scott Gibson. "Enforcement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds. <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989	408
Gibson, Dale et Scott Gibson. "La mise en application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd. <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1989.	408
Gillies, Peter. <i>Criminal Law</i> . Sydney: Law Book Co., 1985	116
Gold, Marc. "Comment: <i>Andrews v. Law Society of British Columbia</i> " (1988-89), 34 <i>McGill L.J.</i> 1063	391
Goodman, S. H. Comment. "The Last Bastion for Income-Splitting? <i>J. A. McClurg v. The Queen</i> " (1986), 34 <i>Can. Tax J.</i> 404.....	1071
Gosselin, Jean-François. "L'alchimie des Chartes vues de l'intérieur du tribunal administratif: le retour du Cheval de Troie?", dans <i>Tribunaux administratifs à la lumière des Chartes</i> . Barreau du Québec. Cowansville (Qué.) Éditions Yvon Blais Inc., 1989.....	601
Graebner, William. <i>A History of Retirement: The Meaning and Function of an American Institution, 1885-1978</i> . New Haven, Conn.: Yale University Press, 1980	293
Great Britain. Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report. <i>Evidence (General)</i> , Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972	1386
Greenawalt, Kent. "Insults and Epithets: Are They Protected Speech?" (1990), 42 <i>Rutgers L. Rev.</i> 287	738
Gunderson, Morley. <i>Eliminating Mandatory Retirement: Economic and Human Rights</i> . Gunderson and Pesando eds. Toronto: Faculty of Management Studies, University of Toronto, 1980	307
Harris, Robin S. <i>A History of Higher Education in Canada, 1663-1960</i> . Toronto: University of Toronto Press, 1976.....	611
Hodgins, Sheilagh et al. <i>Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants</i> , 1989.....	1380
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.....266, 327, 337, 597, 1094,	1286
Hogg, Peter W. " <i>The Dolphin Delivery Case: The Application of the Charter to Private Action</i> " (1986-87), 51 <i>Sask. L. Rev.</i> 273.....	328
Holdsworth, Sir William. <i>A History of English Law</i> , vol. III, 5th ed. London: Methuen & Co., 1942.....	722
Horowitz, Irving Louis. "First Amendment Blues: On Downs, Nazis in Skokie", [1986] <i>Am. B. Found. Res. J.</i> 535.....	739
Horowitz, Irving Louis and Victoria Curtis Bramson. "Skokie, the ACLU and the Endurance of Democratic Theory" (1979), 43 <i>Law & Contemp. Probs.</i> 328.....	741
Howse, Robert. " <i>Dolphin Delivery: The Supreme Court and the Public/Private Distinction in Canadian Constitutional Law</i> " (1988), 46 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 248.....	325
James McCormick Mitchell Lecture. "Language as Violence v. Freedom of Expression: Canadian and American Perspectives on Group Defamation" (1988-89), 37 <i>Buffalo L. Rev.</i> 337	743
Jobin, Pierre-Gabriel. "L'abus de droit contractuel depuis 1980". Dans <i>Congrès annuel du Barreau du Québec (1990)</i> . Montréal: Service de la formation permanente—Barreau du Québec, 1990, 127	146
Josserand, Louis. "À propos de la relativité des droits" (1929), 49 <i>Rev. cri. lég. et jur.</i> 227	149
Josserand, Louis. <i>De l'abus des droits</i> . Paris: Rousseau, 1905.....	149
Josserand, Louis. <i>De l'esprit des droits et de leur relativité</i> , 2 ^e éd. Paris: Dalloz, 1939	138
Kafka, Franz. <i>The Trial</i> . Translated by Willa and Edwin Muir. Middlesex, England: Penguin Books Ltd., 1976.....	853
Keilitz, Ingo and Junius P. Fulton. <i>The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policymakers</i> . National Center for States Courts, 1984.....	1396

Kennedy, Gilbert D. "‘Reciprocity’ in the Recognition of Foreign Judgments: The Implications of <i>Travers v. Holley</i> " (1954), 32 <i>Can. Bar Rev.</i> 359.....	1086
Kennedy, Gilbert D. "Recognition of Judgments in Personam: The Meaning of Reciprocity" (1957), 35 <i>Can. Bar Rev.</i> 123.....	1086
<i>Kenny's Outlines of Criminal Law</i> , 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.....	1321
Kertzner, Susan Dana. "Perspectives on Older Workers: Maine's Prohibition of Mandatory Retirement" (1981), 33 <i>Me. L. Rev.</i> 157.....	293
Klinck, Dennis R. "‘Specific Delusions’ in the Insanity Defence" (1983), 25 <i>Crim. L.Q.</i> 458.....	1359
Kryworuk, Peter William. "Acting Against Former Clients — A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 <i>C.P.C.</i> 1.....	1248
Kuttner, Thomas S. "Constitution as Covenant: Labour Law, Labour Boards and the Courts from the Old to the New Dispensation" in <i>Labour Law Under the Charter</i> . Kingston: Queen's Law Journal and Industrial Relations Centre, 1988.....	602
L'Heureux, Nicole. <i>Le droit bancaire</i> . Sherbrooke: Éditions Revue de droit Université de Sherbrooke, 1988.....	157
La Forest, Gerard V. and Associates. <i>Water Law in Canada: the Atlantic Provinces</i> . Ottawa: Information Canada, 1973.....	1295
Lalou, Henri. <i>Traité pratique de la responsabilité civile</i> , 6 ^e éd. Par Pierre Azard. Paris: Dalloz, 1962.....	151
Lanham, David. "Accomplices and Withdrawal" (1981), 97 <i>L.Q. Rev.</i> 575.....	114
Lasson, Kenneth. "Racial Defamation As Free Speech: Abusing the First Amendment" (1985), 17 <i>Colum. Hum. Rts. L. Rev.</i> 11.....	741
Lerner, Natan. <i>The U.N. Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination</i> . Rockville, Maryland: Sijthoff & Noordhoff, 1980.....	754
MacGillivray, Evan James. <i>MacGillivray & Parkington on Insurance Law Relating to All Risks Other than Marine</i> , 8th ed. By Michael Parkington, et al. London: Sweet and Maxwell, 1988.....	210
MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is It All Just Talk?" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 713.....	759, 802
Mackintosh, W. A. <i>The Economic Background of Dominion-Provincial Relations</i> . Toronto: McClelland and Stewart Limited, 1964.....	346
Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalism and Collective Rights: Approaches to Section 27". In Gérald-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989, 739.....	757
Magnet, Joseph Eliot. "Multiculturalisme et droits collectifs: vers une interprétation de l'article 27". Dans Gérald-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> . Montréal: Wilson & Lafleur, 1989, 817.....	757
Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 1.....	1401
Manson, A. "Re-codifying Attempts, Parties, and Abandoned Intentions" (1989), 14 <i>Queen's L.J.</i> 85.....	115
Manwaring, J. A. "Bringing the Common Law to the Bar of Justice: A Comment on the Decision in the Case of <i>Dolphin Delivery Ltd.</i> " (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev.</i> 413.....	325
Maritain, Jacques. <i>Man and the State</i> . Chicago: University of Chicago Press, 1951.....	295
Martel, Maurice et Paul Martel. <i>La compagnie au Québec, Les aspects juridiques</i> , vol. I. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1987.....	1046, 1062
Martel, Paul. "L'arrêt <i>Banque Nationale du Canada c. Houle</i> : Lumières nouvelles sur l'abus de droit et le ‘voile corporatif’" (1987), 33 <i>McGill L.J.</i> 213.....	171
Marty, Gabriel et Pierre Raynaud. <i>Droit civil: Les obligations</i> , t. I, 2 ^e éd. Paris: Sirey, 1988.....	138
Massuë, Hubert de la. "Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle sous la notion de l'abus du droit" (1948), 46 <i>Rev. trim. dr. civ.</i> 29.....	160

Matsuda, Mari J. "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story" (1989), 87 <i>Mich. L. Rev.</i> 2320	741
Matthews Jr., Arthur R. <i>Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study</i> . Chicago: American Bar Foundation, 1970	1381
Maxwell, Sir Peter Benson. <i>Maxwell on the Interpretation of Statutes</i> , 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969	1282
Mayrand, Albert. "Abuse of Rights in France and Quebec" (1974), 34 <i>La. L. Rev.</i> 993	161
Mayrand, Albert. <i>Dictionnaire des maximes et locutions latines utilisées en droit</i> , 2 ^e éd. Cowansville, Qué.: Éditions Yvon Blais Inc., 1985	155
Mazeaud, Henri et Léon, et André Tunc. <i>Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle</i> , t. I, 6 ^e éd. Paris: Éditions Montchrestien, 1965.....	137
McAlpine, John D. <i>Report Arising Out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia</i> , 1981..	748, 919
McConnell, W. H. "Some Comparisons of the Roosevelt and Bennett 'New Deals'" (1971), 9 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 221	355
McConnell, W. H. "The Judicial Review of Prime Minister Bennett's 'New Deal'" (1968), 6 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 39	350
McDougal, Myres S., Harold D. Lasswell and Lung-chu Chen. "The Protection of the Aged from Discrimination" in <i>Human Rights and World Public Order</i> . New Haven: Yale University Press, 1980.....	295, 431, 519
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 <i>Alta. L. Rev.</i> 361	263, 338
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1990	1364
Meiklejohn, Alexander. <i>Free Speech and its Relation to Self-Government</i> . New York: Harper, 1948.....	802
Mewett, Alan W. "Insanity, Criminal Law and the Charter" (1989), 31 <i>Crim. L.Q.</i> 241.....	1395
Mewett, Alan W. "Section 16 and 'Wrong'" (1976), 18 <i>Crim. L.Q.</i> 413	1408
Mewett, Alan W. and Morris Manning. <i>Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985	1398
Mignault, Pierre Basile. "The Modern Evolution of Civil Responsibility" (1927), 5 <i>Can. Bar Rev.</i> 1	148
Milton, John. <i>Areopagitica</i> . London, 1644.....	803
<i>Mozley & Whiteley's Law Dictionary</i> , 10th ed. By E. R. Hardy Ivamy. London: Butterworths, 1988, "threat".	829
Murray, John C. "Labour Arbitration and the Charter", in <i>New Swords and New Shields: The Year in Review in Labour Law</i> . Canadian Bar Association — Annual Institute on Continuing Legal Education, 1987.....	602
Nadeau, André et Richard Nadeau. <i>Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle</i> . Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1971.....	160
Nations Unies. Assemblée générale. Rés. 3137 A.G., Doc. N.U. A19030 (1973)	296
Nations Unies. <i>Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale</i> . Par le rapporteur spécial José D. Inglés. A/CONF. 119/10, 18 mai 1983	752
Nations Unies. Secrétaire général. <i>Question des personnes âgées et des vieillards</i> . Doc. N.U. A9126 (1973) ...	296
Neier, Aryeh. <i>Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom</i> . New York: Dutton, 1979.....	768
Nerken, Ira. "A New Deal for the Protection of Fourteenth Amendment Rights: Challenging the Doctrinal Bases of the <i>Civil Rights Cases</i> and State Action Theory" (1977), 12 <i>Harv. C.R.-C.L. L. Rev.</i> 297.....	353
Newfoundland. Construction Industry Advisory Committee. <i>Report of the Construction Industry Advisory Committee</i> . (Gordon G. Easton, Q.C., Chairperson, William A. Alcock and Gonzo Gillingham) St. John's, Nfld.: 1985.....	686

Note. "The Authority of Administrative Agencies to Consider the Constitutionality of Statutes" (1976-77), 90 <i>Harv. L. Rev.</i> 1682	603
Odgers, Sir Charles Edwin. <i>Odgers' Construction of Deeds and Statutes</i> , 5th ed. By Gerald Dworkin. London: Sweet & Maxwell, 1967	1282
Ontario. Legislature of Ontario Debates. Official Report (Hansard). First Session, Thirty-second Parliament. May 15, May 25 and December 1, 1981, Nos. 21, 27, 114. Toronto: Legislature of the Province of Ontario, 1981	300
Ontario. Management Board of Cabinet. <i>Review of Ontario's Regulatory Agencies</i> . Macauley Report. Toronto: Queen's Printer for Ontario, 1989	602
Otis, Ghislain. "The Charter, Private Action and the Supreme Court" (1987), 19 <i>Ottawa L. Rev.</i> 71	325
Payette, Louis. "Prise de possession: demande de paiement et délai raisonnable". In Meredith Memorial Lectures 1981, <i>New Developments in Commercial Lending</i> . Faculty of Law, McGill University, Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1982.....	168
Pépin, Gilles. "La compétence des tribunaux administratifs de décider de la constitutionnalité d'une loi, notamment de sa compatibilité avec la Charte canadienne des droits et libertés", <i>Barreau canadien - Programme national de F.J.P. Droit administratif — Ce qu'il fut, ce qu'il est, ce qu'il en adviendra</i> . Ottawa, 1989	601
Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. <i>Criminal Law</i> , 3rd. ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1982	1319
Pinard, Danielle. "Le pouvoir des tribunaux administratifs québécois de refuser de donner effet à des textes qu'ils jugent inconstitutionnels", [1987] <i>R.D. McGill</i> 170	602
Planiol, Marcel et Georges Ripert. <i>Traité élémentaire de droit civil</i> , t. 2, 10 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1926	147
Planiol, Marcel et Georges Ripert. <i>Traité pratique de droit civil français</i> , t. VI, 2 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1952	137
Priest, Margot, W. T. Stanbury and Fred Thompson. "On the Definition of Economic Regulation", in W. T. Stanbury, ed., <i>Government Regulation: Scope, Growth, Process</i> . Montreal: The Institute for Research on Public Policy, 1980	356
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code: Commentaries</i> , vol. II, t. 1. Quebec: Éditeur officiel, 1978	141
Quebec. Civil Code Revision Office. <i>Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code</i> , vol. I. Quebec: Éditeur officiel, 1978	141
Québec. Rapport du groupe de travail sur les tribunaux administratifs. <i>Les tribunaux administratifs</i> . Rapport Ouellette. Québec: Éditeur officiel du Québec, 1987	602
Quen, Jacques M. "Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., <i>Mental Disorder and Criminal Responsibility</i> . Toronto: Butterworths, 1981.....	1397
Quessy, Pierre. "Les aspects corporatifs et fiscaux des actions à dividende discrétionnaire", [1985] 7 <i>R.P.F.S.</i> 31.....	1043, 1062
Rauf, N. Naeem. "Freedom of Expression, the Presumption of Innocence and Reasonable Limits: An Analysis of Keegstra and Andrews" (1988), 65 C.R. (3d) 356	759
Regel, Alan R. "Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech" (1984-85), 49 <i>Sask. L. Rev.</i> 303...	759
Ripert, Georges. "Abus ou relativité des droits" (1929), 49 <i>Rev. crit. lég. et jur.</i> 33	148
Ripert, Georges. <i>La règle morale dans les obligations civiles</i> , 4 ^e éd. Paris: L.G.D.J., 1949	148
Risk, R. C. B. "Lawyers, Courts, and the Rise of the Regulatory State" (1984), 9 <i>Dalhousie L.J.</i> 31	345
Robson, William A. <i>The Governors and the Governed</i> . London: George Allen & Unwin Ltd., 1964.....	354
Rogers, Ian MacFee. <i>Canadian Law of Planning and Zoning</i> . Toronto: Carswells, 1990 (looseleaf).....	1207
Rogers, Ian MacFee. <i>The Law of Canadian Municipal Corporations</i> , 2nd ed., vol. 1. Toronto: Carswells, 1971	1182

Rogers, Richard and R. E. Turner, "Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists" (1987), 7 <i>Health L. Can.</i> 71.....	1411
Rose, V. Gordon. <i>Parties To An Offence</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	101
Scassa, Teresa. "The Bank as Creditor" (1988), 3:3 <i>National Creditor/Debtor Rev.</i> 41.....	179
Schauer, Frederick. "The Aim and the Target in Free Speech Methodology" (1989), 83 <i>Nw. U.L. Rev.</i> 562.....	742
Schauer, Frederick. <i>Free Speech: A Philosophical Enquiry</i> . Cambridge: Cambridge University Press, 1982.....	805
Schiffer, Marc. <i>Mental Disorder and the Criminal Trial Process</i> . Toronto: Butterworths, 1978.....	1412
Schmitthoff, Clive M. <i>Palmer's Company Law</i> , 23rd ed., vol. I. London: Stevens & Sons, 1982.....	1041
Scott, F.R. "Federal Jurisdiction Over Labour Relations — A New Look" (1960), 6 <i>McGill L.J.</i> 153.....	1154
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> . Toronto: Canada Law Books Ltd., 1983.....	973
Sharpe, Robert J. <i>Interprovincial Product Liability Litigation</i> . Toronto: Butterworths, 1982.....	1094
Sharpe, Robert J. "The Enforcement of Foreign Judgments". In M. A. Springman and Eric Gertner, eds., <i>Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine</i> . Toronto: Butterworths, 1985.....	1088
<i>Shorter Oxford English Dictionary</i> , 3rd ed. Oxford: Clarendon Press, 1987, "hatred", "violence".....	829, 855, 961
Sieghart, Paul. <i>The International Law of Human Rights</i> . New York: Oxford University Press, 1983.....	750
Simon Rita J. and David E. Aaronson. <i>The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era</i> . New York: Praeger, 1988.....	1380
Slattery, Brian. "A Theory of the Charter," (1987), 25 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 701.....	354
Slattery, Brian. "Charter of Rights and Freedoms — Does it Bind Private Persons" (1985), 63 <i>Can. Bar Rev.</i> 157.....	333
Slattery, Brian. "The Charter's Relevance to Private Litigation: Does <i>Dolphin</i> Deliver?" (1987), 32 <i>McGill L.J.</i> 905.....	325
Snow, H. "Liability of Insurance Agents for Failure to Obtain Effective Coverage: <i>Fine's Flowers Ltd. v. General Accident Assurance Co.</i> " (1979), 9 <i>Man. L.J.</i> 165.....	216
Steele, Graham. "Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'" (1990), 12 <i>Adv. Q.</i> 46.....	1259
Stein, Eric. "History Against Free Speech: The New German Law Against the 'Auschwitz' — and other — 'Lies'" (1987), 85 <i>Mich. L. Rev.</i> 277.....	770
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	100
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.....	1003
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.....	1357
Swan, John. "Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: A Statement of Principle". In M. A. Springman and Eric Gertner, eds., <i>Debtor-Creditor Law: Practice and Doctrine</i> . Toronto: Butterworths, 1985.....	1094
Swan, John. "The Canadian Constitution, Federalism and the Conflict of Laws" (1985), 63 <i>Can. Bar Rev.</i> 271.....	1094
Swinton, Katherine. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés" dans Walter S. Tarnopolsky et Gérard-A. Beaudoin, éd., <i>Charte canadienne des droits et libertés — Commentaire</i> . Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1982.....	337
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms," in Walter S. Tarnopolsky and Gérard-A. Beaudoin, eds., <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms — Commentary</i> . Toronto: Carswells, 1982.....	337
Symposium on The Public/Private Distinction (1982), 130 <i>U. Pa. L. Rev.</i> 1289.....	333
Tancelin, Maurice. <i>Des obligations, contrat et responsabilité</i> , 4 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1988 ...	156

Tarnopolsky, Walter S. <i>Discrimination and the Law</i> . Revised by William F. Pentney. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985	297
Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights in the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1983), 61 <i>Can. Bar Rev.</i> 242.....	263
Taschereau, Henri Elzéar. <i>The Criminal Code</i> . Toronto: Carswells, 1893.....	1319
Tassé, Roger. "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans Gérard-A. Beaudoin et Edward Ratushny, éd. <i>Charte canadienne des droits et libertés</i> , 2 ^e éd. Montréal: Wilson & Lafleur Ltée, 1989.....	342
Tassé, Roger. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Gérard-A. Beaudoin and Ed Ratushny, eds. <i>The Canadian Charter of Rights and Freedoms</i> , 2nd ed. Toronto: Carswells, 1989	342
"The Age Discrimination in Employment Act of 1967" (1976), 90 <i>Harv. L. Rev.</i> 380.....	297
Tourneau, Philippe le. <i>La responsabilité civile</i> , 3 ^e éd. Paris: Dalloz, 1982.....	151
Tribe, Laurence H. <i>American Constitutional Law</i> , 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press Inc., 1988....	738, 804
Tribe, Laurence H. "Refocusing the "State Action" Inquiry: Separating State Acts From State Actors", in <i>Constitutional Choices</i> . Cambridge: Harvard University Press, 1985	353
Underhill, Frank H. "The Scholar: Man Thinking," in G. Whalley, ed., <i>A Place of Liberty</i> . Toronto: 1964.....	375
United Nations. General Assembly. G.A. Res. 3137, U.N. Doc. A19030 (1973).....	296
United Nations. Secretary General. <i>Question of the Elderly and the Aged</i> . U.N. Doc. A9126 (1973)	296
United Nations. <i>Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination</i> . By Special Rapporteur José D. Inglés. A/CONF. 119/10, May 18, 1983.....	752
United States. Congress. U.S. Congress Report by the Select Committee on Aging. <i>Mandatory Retirement: The Social and Human Cost of Enforced Idleness</i> , 1977.....	293
Vennat, Chantal. "Commentaire d'arrêt: <i>Banque Nationale du Canada c. Houle</i> " (1988), 22 <i>R.J.T.</i> 387.....	153
Vezián, Jack. <i>La responsabilité du banquier en droit privé français</i> , 3 ^e éd. Paris: Litec, 1983	169
Viney, Geneviève. <i>Traité de droit civil</i> , t. IV, <i>Les obligations: la responsabilité — conditions</i> . Paris: L.G.D.J., 1982.....	159
Von Mehren, Arthur T. and Donald T. Trautman. "Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and a Suggested Approach" (1968), 81 <i>Harv. L. Rev.</i> 1601.....	1097
Wasik, Martin. "Abandoning Criminal Intent", [1980] <i>Crim. L. Rev.</i> 785	115
Wegenast, F. W. <i>The Law of Canadian Companies</i> . Toronto: Carswells, 1979	1047, 1058
Weihofen, Henry. <i>Mental Disorder as a Criminal Defense</i> . Buffalo: Dennis & Co., 1954.....	1391
Weiler, Paul. <i>Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law</i> . Toronto: Carswells, 1980....	677
Welling, Bruce. <i>Corporate Law in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1984.....	1040
Wellington, Harry H. "The Constitution, the Labor Union and "Government Action"" (1961), 70 <i>Yale L.J.</i> 345.....	269
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961	995
Williams, Glanville. <i>Textbook of Criminal Law</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1983.....	114
Williams, Paul W. "The Defense of Entrapment and Related Problems in Criminal Prosecution" (1959), 28 <i>Fordham L. Rev.</i> 399.....	994
Yntema, Hessel E. "The Objectives of Private International Law" (1957), 35 <i>Can. Bar Rev.</i> 721	1097
Ziskin, Jay and David Faust. <i>Coping with Psychiatric and Psychological Testimony</i> , vol. I, 4th ed. Marina del Rey, Calif.: Law and Psychology Press, 1988	1411



William Steward Arnold Martin *Appellant*

v.

William Hamilton Gray, administrator with will annexed of the estate of John Edwin MacDonald *Respondent*

INDEXED AS: MACDONALD ESTATE v. MARTIN

File No.: 21469.

1990: May 4; 1990: May 10*.

Present: Dickson C.J. ** and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Barristers and solicitors — Conflict of interest — Former junior solicitor for appellant joining law firm acting for respondent — Whether law firm may continue to act as solicitors of record for respondent — Test to be applied in determining whether disqualifying conflict of interest exists.

Respondent brought an action against appellant for an accounting. Appellant's solicitor was assisted by a junior member of his firm who was actively engaged in the case and was privy to many confidences disclosed by appellant to his solicitor. The junior member later joined the law firm which represents respondent in this action. Appellant applied to the provincial superior court for a declaration that the law firm was ineligible to continue to act as solicitors of record for respondent. The court granted the application and ordered the firm removed as solicitors of record. The Court of Appeal reversed that decision. This appeal is to determine the appropriate standard to be applied in deciding whether a law firm should be disqualified from continuing to act in the litigation by reason of a conflict of interest.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: In determining whether a disqualifying conflict of interest exists, the Court is concerned with three competing values: (1) the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice; (2) the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause; and (3) the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. The "probability of mischief" standard, which is the

* Reasons delivered December 20, 1990.

** Chief Justice at the time of hearing.

William Steward Arnold Martin *Appellant*

c.

William Hamilton Gray, administrateur testamentaire de la succession de John Edwin MacDonald *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION MACDONALD c. MARTIN

N° du greffe: 21469.

b 1990: 4 mai; 1990: 10 mai*.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c

Avocats et procureurs — Conflits d'intérêts — Entrée d'un avocat junior ayant agi pour l'appellant dans un cabinet agissant pour l'intimé — Le cabinet peut-il continuer à occuper pour l'intimé? — Critère à appliquer pour décider s'il existe un conflit d'intérêts rendant le cabinet inhabile.

L'intimé a intenté une action en reddition de compte contre l'appellant. Le procureur de l'appellant s'est fait seconder par une avocate junior de son cabinet qui s'est occupée activement du dossier et a été mise dans le secret de bien des confidences faites par l'appellant à son procureur. Cette dernière s'est jointe par la suite au cabinet qui occupe pour l'intimé dans la présente action. L'appellant a demandé à la cour supérieure provinciale de déclarer le cabinet inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé. La cour a fait droit à la demande et ordonné que l'inscription du cabinet au dossier soit rayée. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Le présent pourvoi vise à déterminer la norme à appliquer pour décider si un cabinet doit être déclaré inhabile à continuer d'occuper pour son client dans l'action pour raison de conflit d'intérêts.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: Pour décider s'il existe un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité, la Cour doit prendre en considération trois valeurs en même temps: 1) le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire; 2) en contrepois, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix; 3) la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. La

* Motifs rendus le 20 décembre 1990.

** Juge en chef au moment de l'audience.

traditional English test, is not sufficiently high to satisfy the public requirement that there be an appearance of justice. The use of confidential information is a matter usually not susceptible of proof, and the test must therefore be such that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. Two questions must be answered: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client? In answering the first question American courts have adopted the "substantial relationship" test: once it is established that there is a "substantial relationship" between the matter out of which the confidential information is said to arise and the matter at hand, there is an irrebuttable presumption that confidential information was imparted to the lawyer. This test is too rigid, however. Rather, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. The degree of satisfaction must withstand the scrutiny of the reasonably informed member of the public. This will be a difficult burden to discharge.

In answering the second question, whether the confidential information will be misused, a lawyer who has relevant confidential information is automatically disqualified from acting against a client or former client. With respect to the partners or associates in the firm, the concept of imputed knowledge is unrealistic in the era of the mega-firm. The court should therefore draw the inference that lawyers who work together share confidences, unless satisfied on the basis of clear and convincing evidence, that all reasonable measures have been taken to ensure that no disclosure will occur by the "tainted" lawyer to the member or members of the firm who are engaged against the former client. Such reasonable measures would include institutional mechanisms such as Chinese Walls and cones of silence. Until the governing bodies of the legal profession have approved of these and adopted rules with respect to their operation, it is unlikely that a court would accept them as evidence of effective screening. Undertakings and conclusory statements in affidavits are not sufficient, since affidavits of lawyers are difficult to verify objectively and the public is not likely to be satisfied without some

«probabilité de préjudice», qui est le critère anglais traditionnel, n'est pas une norme assez exigeante pour assurer à la justice ce caractère apparent que le public exige d'elle. L'utilisation de renseignements confidentiels est habituellement impossible à prouver et le critère retenu doit donc tendre à convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels. Il faut répondre à deux questions: 1) L'avocat a-t-il appris, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, des faits confidentiels relatifs à l'objet du litige? 2) Y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Les tribunaux américains ont répondu à la première question en appliquant le critère du «lien important»: dès qu'il est établi qu'il y a un «lien important» entre la question qui serait à l'origine du renseignement confidentiel et la question en litige, il existe une présomption irréfragable selon laquelle l'avocat a appris des faits confidentiels. Ce critère est cependant trop rigide. Il convient plutôt de dire que, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, un tribunal doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc le tribunal qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. La conviction doit être telle qu'un membre du public raisonnablement informé en serait également persuadé. Il sera difficile de s'acquitter du fardeau de la preuve.

Pour répondre à la deuxième question, savoir le mauvais usage qui pourrait être fait des renseignements confidentiels, un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre un client ou un ancien client. En ce qui concerne les associés d'un cabinet, le concept de connaissance présumée est irréaliste à l'ère des mégacabinets. Un tribunal doit donc tirer la conclusion que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels, sauf s'il est persuadé, par des preuves claires et convaincantes, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour veiller à ce que l'avocat en cause ne divulgue rien aux membres du cabinet qui agissent contre son ancien client. Parmi ces mesures raisonnables, on pourrait compter des mécanismes institutionnels comme les murailles de Chine et les cônes de silence. Jusqu'à ce que les organes directeurs de la profession les aient approuvés et aient adopté les règles régissant leur fonctionnement, il est improbable qu'un tribunal les accepte comme preuve suffisante d'une protection efficace. Les engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas suffisants parce que les affidavits des avocats sont difficiles à vérifier objectivement et qu'il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a

additional guarantees that confidential information will under no circumstances be used.

In this case the lawyer actively worked on the very case in respect of which her new firm is acting against her former client, and she is therefore in possession of relevant confidential information. With respect to misuse of the information, there is nothing in the affidavits filed to indicate that any independently verifiable steps were taken by the firm to implement any kind of screening, and the firm may therefore not continue to act.

Per Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.: Where a lawyer who has had a substantial involvement with a client in an ongoing contentious matter joins another law firm which is acting for an opposing party, there is an irrebuttable presumption that the knowledge of such lawyer, including confidential information disclosed to him or her by the former client, has become the knowledge of the new firm. Such an irrebuttable presumption is essential to preserve public confidence in the administration of justice.

Neither the merger of law firms nor the mobility of lawyers can be permitted to affect adversely the public's confidence in the judicial system. At this time, when the work of the courts is having a very significant impact upon the lives and affairs of all Canadians, it is fundamentally important that justice not only be done, but appear to be done in the eyes of the public. While the necessity of selecting new counsel will certainly be inconvenient and worrisome to clients, and reasonable mobility may well be important to lawyers, the integrity of the judicial system is of such fundamental importance that it must be the predominant consideration. Our judicial system cannot function properly if doubt or suspicion exists in the mind of the public that the confidential information disclosed by a client to a lawyer might be revealed. No matter what form of restrictions were sought to be imposed on individual lawyers and law firms involved, the public would, quite properly, remain skeptical of their efficacy since lawyers in the same firm meet frequently and have numerous opportunities for the private exchange of confidential information.

Cases Cited

By Sopinka J.

Not followed: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831; **referred to:** *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167, aff'd (1987), 51 Man. R. (2d) 207; *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24

d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés.

En l'espèce, l'avocate a travaillé activement au dossier à l'égard duquel le nouveau cabinet qui l'emploie agit contre son ancien client et elle a donc appris des faits confidentiels pertinents. Quant au mauvais usage des renseignements, les affidavits n'indiquent nullement que le cabinet ait pris des mesures vérifiables de façon indépendante pour mettre en œuvre quelque mécanisme de protection que ce soit et le cabinet ne peut donc continuer d'agir.

Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory: Quand un avocat, qui s'est engagé substantiellement auprès d'un client dans une affaire contentieuse en cours, se joint à un autre cabinet qui occupe pour une partie adverse, il existe une présomption irréfragable que ce qui est connu de cet avocat, y compris les renseignements confidentiels que lui a confiés l'ancien client, est désormais connu du nouveau cabinet. Une telle présomption irréfragable est essentielle pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

On ne saurait permettre que la fusion des cabinets d'avocats, ou la mobilité au sein de la profession, viennent entamer la confiance du public dans le système judiciaire. À l'époque actuelle, le travail des tribunaux a des répercussions très importantes sur la vie et les activités de tous les Canadiens. Il est donc fondamentalement important qu'aux yeux du public, la justice soit non seulement rendue, mais qu'il soit évident qu'elle est rendue. Bien que la nécessité de choisir un autre avocat cause certainement des inconvénients et des soucis au client et que la mobilité professionnelle puisse être jugée importante par les avocats, l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif. Notre système judiciaire ne peut pas fonctionner normalement si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être. Peu importe les limites que l'on aurait cherché à imposer aux avocats et aux cabinets en cause, le public, à juste titre, resterait sceptique à leur endroit, puisque les avocats au sein d'un cabinet se rencontrent souvent et ont fréquemment la possibilité d'échanger des renseignements confidentiels.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt non suivi: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831; **arrêts mentionnés:** *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167, conf. (1987), 51 Man. R. (2d) 207; *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht*

- Man. R. (2d) 228; *Re a Solicitor*, unreported, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063; *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (1981); *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983); *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (1955); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322, certiorari denied, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (1955), certiorari denied, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (1977), aff'd mem., 573 F.2d 1310, certiorari denied, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (1958); *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118; *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95; *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843; *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236; *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117; *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270; *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133; *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638, aff'd in part (1985), 15 D.L.R. (4th) 639; *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67; *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326; *Thomson v. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782; *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255, aff'd (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12; *Farmers Mutual Petroleum Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618; *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748; *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664; *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703; *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797; *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151; *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, unreported, British Columbia Supreme Court, June 26, 1985; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157.
- (1983), 24 Man. R. (2d) 228; *Re a Solicitor*, inédit, Chancery Division, 31 mars 1987, résumé à 131 Sol. J. 1063; *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (1981); *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983); *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (1955); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322, certiorari refusé, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (1955), certiorari refusé, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (1977), conf. mem., 573 F.2d 1310, certiorari refusé, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (1958); *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118; *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95; *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843; *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236; *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117; *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270; *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133; *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638, conf. en partie (1985), 15 D.L.R. (4th) 639; *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67; *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326; *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782; *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255, conf. (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12; *Farmers Mutual Petroleum Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618; *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748; *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664; *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703; *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797; *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151; *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 26 juin 1985; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157.

By Cory J.

Followed: *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983).

Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Adopted August 25, 1974.

Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. "Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?," [1990] *N.Z.L.J.* 43.

"Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession" (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247.

Kryworuk, Peter William. "Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 *C.P.C.* 1.

Steele, Graham. "Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'" (1990), 12 *Adv. Q.* 46.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 57 *Man. R.* (2d) 161, 58 *D.L.R.* (4th) 67, [1989] 3 *W.W.R.* 653, reversing the judgment of the Court of Queen's Bench granting a declaration that a firm of lawyers was ineligible to continue to act as solicitors of record for the respondent and removing the firm as solicitors of record. Appeal allowed.

R. A. Dewar and *R. A. Watchman*, for the appellant.

A. D. MacInnes, Q.C., for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier J.J. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is concerned with the standard to be applied in the legal profession in determining what constitutes a disqualifying conflict of interest. The issue arose in the context of a lawsuit in which a former junior solicitor for the appellant transferred her employment to the law firm acting for the respondent.

Facts

The respondent, Gray, is the plaintiff in an action for an accounting against the appellant and Rossmere Holdings. In 1983, the appellant retained the services of A. Kerr Twaddle, Q.C.,

Citée par le juge Cory

Arrêt suivi: *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983).

a Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Adopté le 25 août 1974.

Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. «Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?», [1990] *N.Z.L.J.* 43.

b «Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession» (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247.

Kryworuk, Peter William. «Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense» (1985), 45 *C.P.C.* 1.

c Steele, Graham. «Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation' » (1990), 12 *Adv. Q.* 46.

d POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 57 *Man. R.* (2d) 161, 58 *D.L.R.* (4th) 67, [1989] 3 *W.W.R.* 653, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait déclaré qu'un cabinet d'avocats était inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé et avait rayé l'inscription du cabinet au dossier. Pourvoi accueilli.

e *R. A. Dewar* et *R. A. Watchman*, pour l'appellant.

f *A. D. MacInnes, c.r.*, pour l'intimé.

g Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

h LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi concerne la norme qui régit la conduite des avocats en matière de conflit d'intérêts. Il s'agit de déterminer dans quel cas l'avocat sera inhabile à occuper pour son client. La question s'est posée dans le contexte d'un procès au cours duquel une avocate junior représentant l'appellant a changé d'emploi et a été engagée par le cabinet d'avocats occupant pour l'intimé.

Les faits

i L'intimé Gray était le demandeur dans une action en reddition de compte contre l'appellant et Rossmere Holdings. En 1983, l'appellant a retenu les services d'A. Kerr Twaddle, c.r., qui a exercé la

who served in the capacity of solicitor and counsel until his appointment to the bench in 1985. While acting for the appellant, Twaddle was assisted by Kristin Dangerfield, a graduate articulated student and later a junior member of his firm. She was actively engaged in the case and was privy to many confidences disclosed by the appellant to Twaddle. Dangerfield was in attendance at numerous meetings between Mr. Twaddle and the appellant Martin, assisted in the preparation of many documents, prepared and attended examinations for discovery, was present when a settlement was discussed by the parties and during discussions of a settlement with representatives of the law firm of Thompson, Dorfman, Sweatman, and participated in the taking of *de bene esse* evidence. Upon Twaddle's appointment to the bench in 1985, Dangerfield joined the firm of Scarth, Dooley. Eight out of eleven members of that firm, including Dangerfield, joined the Thompson firm in 1987. The Thompson firm represents the respondent in this action.

Both Dangerfield and senior members of Thompson, Dorfman, Sweatman have sworn affidavits that the case has not been discussed since Dangerfield joined the firm and will not be discussed.

The appellant brought an application in the Court of Queen's Bench in which he sought a declaration that the Thompson firm was ineligible to continue to act as solicitors of record for the respondent and an order removing that firm as solicitors of record. Hanssen J. allowed the application.

The respondent's appeal from the decision of the motions judge was allowed by the Court of Appeal of Manitoba, Monnin C.J.M. dissenting: (1989), 57 Man. R. (2d) 161.

Judgments

Court of Queen's Bench

Hanssen J., the motions judge, observed that the respondent's right to retain counsel of his choice is

profession d'avocat jusqu'à sa nomination à la magistrature en 1985. Pour remplir le mandat que lui avait confié l'appellant, Twaddle s'est fait seconder par Kristin Dangerfield, stagiaire diplômée qui est devenue par la suite employée de son cabinet. Elle s'est occupée activement du dossier et a été mise dans le secret de bien des confidences faites par l'appellant à Twaddle. Dangerfield a assisté à de nombreuses réunions entre Twaddle et l'appellant Martin, a aidé à la rédaction de nombre de documents, a préparé des interrogatoires préalables et y a assisté; elle était présente quand les parties ont discuté d'un règlement amiable et quand la possibilité d'un règlement amiable a été discutée avec des représentants du cabinet Thompson, Dorfman, Sweatman. Elle a en outre apporté sa collaboration lorsque des témoignages ont été recueillis *de bene esse*. Au moment de la nomination de Twaddle à la magistrature, Dangerfield est entrée dans le cabinet Scarth, Dooley. Huit des onze avocats qui formaient ce cabinet, dont Dangerfield, se sont joints au cabinet Thompson en 1987. Ce cabinet occupe pour l'intimé dans la présente action.

Dangerfield et les associés principaux de Thompson, Dorfman, Sweatman ont déclaré sous serment que le dossier n'avait pas fait l'objet de discussions depuis que Dangerfield est entrée dans le cabinet et qu'il n'en ferait pas l'objet non plus.

L'appellant a demandé à la Cour du Banc de la Reine de déclarer le cabinet Thompson inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé et d'ordonner que son inscription au dossier soit rayée. Le juge Hanssen a fait droit à la demande.

La Cour d'appel du Manitoba a fait droit à l'appel interjeté par l'intimé de la décision du juge qui avait entendu la requête. Le juge en chef Monnin a exprimé sa dissidence: (1989), 57 Man. R. (2d) 161.

Jugements

Cour du Banc de la Reine

Le juge Hanssen, qui a statué sur la requête, a fait observer que le droit de l'intimé de retenir les

not an absolute right but, rather, it is subject to reasonable limits. In his view, the court has a duty not only to the parties to the litigation but also to the public "to ensure that lawyers observe the highest standards of professional conduct with respect to cases before the court". Where those high standards are not observed, the Court has jurisdiction to intervene and remove a lawyer from the record. In granting the order requested, the motions judge applied the principles enunciated by Jewers J. in *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167 (Q.B.), aff'd (1987), 51 Man. R. (2d) 207 (C.A.).

Hanssen J. stated that, while he was satisfied that Dangerfield had not passed on confidential information to other members of the Thompson firm and that the likelihood of her so doing, either intentionally or unintentionally, was remote, the appearance of conflict or possible impropriety had to be avoided. In his opinion, there was an obvious conflict of interest and the continued participation of the Thompson firm as solicitors of record "would constitute a threat to the integrity of the trial and create the appearance of impropriety".

Court of Appeal

Monnin C.J.M. (dissenting)

The Chief Justice agreed with the conclusion of the trial judge that there was, in the circumstances, a conflict of interest. He found no reason to distinguish between the confidences obtained by either a senior or a junior counsel as both are members of the profession and bound by the rules of secrecy. In his view, the *Morton* decision was applicable in the circumstances of the case at bar. While the test propounded in that case may be a rigid one, it is a test which is clear and easily applied.

Huband J.A.

Huband J.A. was of the view that there is no absolute rule to the effect that, where there is an appearance of impropriety, the solicitor involved in

services de l'avocat de son choix n'est pas absolu, mais qu'il peut être restreint dans des limites raisonnables. À son avis, le tribunal a l'obligation non seulement envers les parties en litige mais encore envers le public de [TRADUCTION] «veiller à ce que les avocats se conforment à la norme de conduite la plus stricte lorsqu'ils s'occupent de litiges soumis aux tribunaux». S'il constate que cette norme très rigoureuse n'a pas été observée, le tribunal est compétent pour intervenir et priver un avocat du droit de représenter une partie. Pour faire droit à la demande, le juge s'est appuyé sur les principes énoncés par le juge Jewers dans l'affaire *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167 (B.R.), conf. (1987), 51 Man. R. (2d) 207 (C.A.).

Bien que persuadé que Dangerfield n'avait pas communiqué de renseignements confidentiels à d'autres avocats du cabinet Thompson et qu'il était peu probable qu'elle le fit, intentionnellement ou non, le juge Hanssen a dit qu'il fallait éviter tout conflit ou écart de conduite possible, même s'il n'était qu'apparent. À son avis, l'existence d'un conflit d'intérêts était évidente et le cabinet Thompson, en continuant d'occuper pour ce client, [TRADUCTION] «compromettrait l'intégrité du procès et donnerait lieu à une apparence de manquement à la déontologie».

Cour d'appel

Le juge en chef Monnin (dissident)

Le Juge en chef a approuvé la conclusion du juge du procès. Il y avait selon lui conflit d'intérêts en l'occurrence. Il ne voyait aucune raison d'établir une distinction entre les faits confidentiels appris par un avocat principal et ceux appris par un avocat junior, car tous deux exercent la même profession et sont tenus au secret. D'après lui, la décision *Morton* était applicable en l'espèce. Certes, le critère retenu dans cette cause est rigide, mais il a le mérite d'être clair et facile d'application.

Le juge Huband

Le juge Huband a considéré qu'aucune règle absolue n'exigeait, en cas de manquement apparent à la déontologie, que l'avocat apparemment

the apparent conflict must be declared ineligible. He observed that the only absolute rule is that information given by a client to a solicitor must remain confidential. Beyond that absolute rule, however, each case must be considered on its facts: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831.

In arriving at his conclusion, Huband J.A. distinguished on its facts the decision in *Morton*. He stated that, while there could be cases where appearances alone might be determinative, a case such as *Morton* constitutes an exception to the general rule and does not establish a principle of law giving rise to a new rule, general or absolute. In the circumstances of the case at bar, "where there is no real danger of prejudice or impropriety, where the nature of the litigation is complex, and where a sense of confidence has developed between the client and his solicitors as a consequence of a six year relationship, this factor deserves additional consideration" (p. 171).

Philp J.A. (concurring with Huband J.A.)

Philp J.A. agreed with the conclusion arrived at by Huband J.A. and substantially with his reasons. He added, however, that he had been a member of the Court of Appeal which upheld the decision of *Jewers J.* in *Morton*. In his view, *Jewers J.* did not pronounce or apply a test or rule to be automatically and rigidly applied regardless of the circumstances in which impropriety or unfairness is alleged to exist. *Jewers J.* had considered the nature of the litigation, the extent to which it had progressed and the inconvenience and the expense to be suffered by the party required to retain and instruct new counsel. In his opinion, *Jewers J.* had come to the correct conclusion on the facts before him. He found, in the circumstances, that *Hanssen J.* erred in holding that "the appearance of fairness is the overriding consideration".

The Issue

The sole issue in this appeal is the appropriate standard to be applied in determining whether Thompson, Dorfman, Sweatman are disqualified

dans une situation de conflit soit déclaré inhabile. Il a fait remarquer qu'il n'existait qu'une seule règle absolue et qu'elle disposait que tout renseignement communiqué par un client à son avocat devait demeurer confidentiel. Cette règle absolue mise à part, chaque cas est un cas d'espèce: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Huband a estimé que l'affaire *Morton* ne présentait pas les mêmes caractéristiques que le cas présent. Il a dit que, bien que parfois les apparences puissent être en soi déterminantes, un cas comme celui de *Morton* constituait une exception à la règle générale et qu'il ne saurait donner naissance à un principe de droit susceptible de fonder une nouvelle règle, générale ou absolue. Vu les circonstances de l'affaire, [TRADUCTION] «en l'absence de danger réel de préjudice ou de manquement à la déontologie, comme le litige est complexe et qu'une relation de confiance de six années s'est établie entre le client et ses avocats, il y a lieu d'apprécier ce facteur sous un autre jour» (p. 171).

Le juge Philp (a souscrit à l'avis du juge Huband)

Le juge Philp a approuvé la conclusion tirée par le juge Huband et souscrit pour l'essentiel à ses motifs. Il a cependant ajouté qu'il était l'un des juges de la Cour d'appel qui avaient confirmé la décision du juge *Jewers* dans l'affaire *Morton*. À son avis, le juge *Jewers* n'avait pas énoncé ni appliqué un critère ou une règle à suivre de façon automatique et rigide, sans égard aux circonstances dans lesquelles un manquement à la déontologie ou un résultat inéquitable se seraient produits. Le juge *Jewers* avait tenu compte de la nature du litige, de l'avancement de la procédure, ainsi que des inconvénients et des frais que devrait supporter la partie obligée de retenir les services d'un autre avocat. À son avis, le juge *Jewers* avait déduit de son analyse des faits la conclusion qui s'imposait. Il en a conclu qu'en l'espèce, le juge *Hanssen* avait décidé à tort que [TRADUCTION] «l'apparence de loyauté [était] le facteur décisif».

La question en litige

La seule question en litige dans ce pourvoi est la norme qu'il convient d'appliquer pour décider si Thompson, Dorfman, Sweatman doivent être

from continuing to act in this litigation by reason of a conflict of interest.

Legal Ethics—Policy Considerations

In resolving this issue, the Court is concerned with at least three competing values. There is first of all the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice. Furthermore, there is the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause. Finally, there is the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. The review of the cases which follows will show that different standards have been adopted from time to time to resolve the issue. This reflects the different emphasis placed at different times and by different judges on the basic values outlined above.

The legal profession has changed with the changes in society. One of the changes that is most evident in large urban centers is the virtual disappearance of the sole practitioner and the tendency to larger and larger firms. This is a product of a number of factors including a response to the demands of large corporate clients whose multifaceted activities require an all-purpose firm with sufficient numbers in every area of expertise to serve their needs. With increase in size come increasing demands for management of a law firm in accordance with the corporate model. These changes in the composition and management practices of law firms are reflected in changes to ethical practices of the profession. Some of the old practices have been swept aside as anachronistic, perhaps with justification. Advertising to inform the public in a tasteful way of the services provided by a firm and of its fee schedule is but one example.

Merger, partial merger and the movement of lawyers from one firm to another are familiar features of the modern practice of law. They bring with them the thorny problem of conflicts of inter-

déclarés inhabiles à continuer d'occuper pour leur client dans cette action pour raison de conflit d'intérêts.

a Déontologie de la profession d'avocat—Principes généraux

Pour résoudre cette question, la Cour doit prendre en considération au moins trois valeurs en présence. Au premier rang se trouve le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire. Vient ensuite en contrepoids, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix. Enfin, il y a la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. L'examen que nous allons faire de la jurisprudence montrera que des critères divergents ont été retenus au fil des ans pour trancher la question. C'est dire que les juges n'ont pas toujours accordé aux valeurs précitées la même importance selon les époques.

e L'évolution de la profession d'avocat a suivi celle de la société. L'un des changements les plus évidents observés dans les grandes agglomérations est la quasi-disparition de l'avocat exerçant seul et la multiplication des grands cabinets. Nombre de facteurs ont contribué à ce résultat, dont les demandes exprimées par les grandes sociétés aux multiples activités, qui font appel à des cabinets formés de spécialistes de toutes les disciplines en nombre suffisant pour répondre à leurs besoins. Plus un cabinet élargit ses cadres, plus il lui faut adopter des méthodes de gestion modelées sur celles de la grande entreprise. Ces changements dans la composition et dans les méthodes de gestion des cabinets se traduisent par de nouvelles conceptions de la déontologie de la profession. Certaines pratiques anciennes ont été jugées anachroniques, et abandonnées, peut-être à juste titre. On peut citer l'exemple de la publicité de bon goût, destinée à renseigner le public sur les services et le tarif des honoraires d'un cabinet.

j La fusion, totale ou partielle, et le déplacement des avocats d'un cabinet à un autre sont des caractéristiques bien connues de l'exercice moderne de la profession. Ces opérations entraînent le problè-

est. When one of these events is planned, consideration must be given to the consequences which will flow from loss of clients through conflicts of interest. To facilitate this process some would urge a slackening of the standard with respect to what constitutes a conflict of interest. In my view, to do so at the present time would serve the interest of neither the public nor the profession. The legal profession has historically struggled to maintain the respect of the public. This has been so notwithstanding the high standards that, generally, have been maintained. When the management, size of law firms and many of the practices of the legal profession are indistinguishable from those of business, it is important that the fundamental professional standards be maintained and indeed improved. This is essential if the confidence of the public that the law is a profession is to be preserved and hopefully strengthened. Nothing is more important to the preservation of this relationship than the confidentiality of information passing between a solicitor and his or her client. The legal profession has distinguished itself from other professions by the sanctity with which these communications are treated. The law, too, perhaps unduly, has protected solicitor and client exchanges while denying the same protection to others. This tradition assumes particular importance when a client bares his or her soul in civil or criminal litigation. Clients do this in the justifiable belief that nothing they say will be used against them and to the advantage of the adversary. Loss of this confidence would deliver a serious blow to the integrity of the profession and to the public's confidence in the administration of justice.

An important statement of public policy with respect to the conduct of barrister and solicitor is contained in the professional ethics codes of the governing bodies of the profession. The legal profession is self-governing. In each province there is a governing body usually elected by the lawyers practising in the province. The governing body enacts rules of professional conduct on behalf of those it represents. These rules must be taken as expressing the collective views of the profession as to the appropriate standards to which the profession should adhere.

me épineux des conflits d'intérêts. Lorsqu'elles sont envisagées, il faut en étudier les répercussions dans l'optique de la perte de clients que causeront les conflits d'intérêts. D'aucuns, pour faciliter ces opérations, préconisent l'assouplissement de la norme régissant les conflits d'intérêts. À mon sens, un tel assouplissement ne servirait pas, à l'heure actuelle, les intérêts du public, ni ceux de la profession. Les avocats ont constamment dû lutter pour conserver le respect du public et ceci malgré le maintien, en règle générale, de normes exigeantes. À une époque où la gestion, la taille et nombre des usages des cabinets ne se différencient pas de ceux des entreprises commerciales, il importe de maintenir, voire de renforcer, les normes professionnelles fondamentales. C'est une mesure essentielle à la préservation et, espérons-le, à l'augmentation de la confiance du public dans l'intégrité de la profession d'avocat. Pour garder cette confiance, il importe, au premier chef, que les communications entre l'avocat et son client soient confidentielles. La profession d'avocat s'est distinguée des autres professions par l'inviolabilité du secret professionnel. La loi aussi, peut-être indûment, a protégé le secret professionnel des avocats mais non celui d'autres professionnels. Cette tradition revêt une importance particulière dans tous les cas où un client se confie à son avocat en vue d'un procès au civil ou au pénal. Les clients agissant ainsi en toute légitime confiance que les faits qu'ils confient ne pourront pas servir contre eux et au bénéfice de l'adversaire. La perte de cette confiance porterait gravement atteinte à l'intégrité de la profession et déconsidérerait l'administration de la justice.

Les codes de déontologie des divers barreaux du pays constituent un important énoncé de principes à l'égard des devoirs professionnels des avocats. La profession d'avocat est autonome. Dans chaque province, il existe un organe directeur, habituellement élu par les membres exerçant dans la province. Cet organe établit des règles de déontologie professionnelle au nom des membres. Ces règles sont censées représenter le point de vue des membres sur les normes qui doivent régir la profession.

While there exists no national law society, the Canadian Bar Association, a national society representing lawyers across the country, adopted a Code of Professional Conduct in 1974. The Code has been adopted by the Law Society of Manitoba and by the Law Societies of other provinces. Chapter V, entitled "Impartiality and Conflict of Interest", commences with the following rule:

The lawyer must not advise or represent both sides of a dispute and, save after adequate disclosure to and with the consent of the client or prospective client concerned, he should not act or continue to act in a matter when there is or there is likely to be a conflicting interest. A conflicting interest is one which would be likely to affect adversely the judgment of the lawyer on behalf of or his loyalty to a client or prospective client or which the lawyer might be prompted to prefer to the interests of a client or prospective client.

The rule is followed by thirteen commentaries. The most relevant of these are Commentaries 11 and 12, which state:

11. A lawyer who has acted for a client in a matter should not thereafter act against him (or against persons who were involved in or associated with him in that matter) in the same or any related matter, or place himself in a position where he might be tempted or appear to be tempted to breach the Rule relating to Confidential Information. It is not, however, improper for the lawyer to act against a former client in a fresh and independent matter wholly unrelated to any work he has previously done for that person.

12. For the sake of clarity the foregoing paragraphs are expressed in terms of the individual lawyer and his client. However it will be appreciated that the term "client" includes a client of the law firm of which the lawyer is a partner or associate whether or not he handles the client's work.

A code of professional conduct is designed to serve as a guide to lawyers and typically it is enforced in disciplinary proceedings. See, for example, *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24 Man. R. (2d) 228 (C.A.). The courts, which have inherent jurisdiction to remove from the record solicitors who have a conflict of interest, are not bound to apply a code of ethics. Their jurisdiction stems from the fact that lawyers are officers of the court and their conduct in legal proceedings which may affect the administration of justice is subject to this supervisory jurisdiction.

Certes, il n'existe pas de barreau national, mais l'Association du Barreau canadien, qui représente des avocats de toutes les régions du pays, a adopté un Code de déontologie professionnelle en 1974. Ce code a été adopté par le Barreau du Manitoba et par les barreaux d'autres provinces. Le chapitre V, intitulé «L'impartialité et les conflits d'intérêts», commence par la règle suivante:

L'avocat ne doit pas conseiller ou représenter deux parties opposées et, à moins qu'il n'en ait dûment averti son client, actuel ou éventuel, et obtenu son consentement, il doit refuser toute affaire susceptible de le mettre en conflit d'intérêts. Il y a conflit d'intérêts lorsque les intérêts en présence sont tels que l'avocat pourrait être porté à préférer certains d'entre eux à ceux d'un client actuel ou éventuel ou qu'il serait à craindre que son jugement et sa loyauté envers celui-ci puissent en être défavorablement affectés.

La règle est suivie de treize commentaires, dont les plus pertinents sont les nos 11 et 12:

11. L'avocat qui a agi pour un client ne doit pas, normalement, agir ultérieurement contre lui (ou contre des personnes qui s'étaient engagées ou associées avec le client) dans la même affaire ou une affaire connexe, ou se placer dans une position telle qu'il pourrait être tenté de violer le secret professionnel. Mais il est parfaitement licite pour un avocat d'agir contre un ancien client dans une affaire totalement nouvelle, sans aucun rapport avec les services qu'il aurait pu rendre antérieurement à cette personne.

12. Pour plus de clarté, les paragraphes ci-dessus parlent de l'avocat pris individuellement et de son client. Mais on conçoit que le terme «client» doive s'entendre aussi d'un client du cabinet dont fait partie l'avocat à un titre ou à un autre, qu'il soit personnellement appelé ou non à représenter ce client.

Un code de déontologie contient des lignes directrices dont la transgression est, en règle générale, sanctionnée par des mesures disciplinaires. Voir, par exemple, *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24 Man. R. (2d) 228 (C.A.). Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d'occuper pour une partie en cas de conflit d'intérêts, ne sont pas tenus d'appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l'occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il

Nonetheless, an expression of a professional standard in a code of ethics relating to a matter before the court should be considered an important statement of public policy. The statement in Chapter V should therefore be accepted as the expression by the profession in Canada that it wishes to impose a very high standard on a lawyer who finds himself or herself in a position where confidential information may be used against a former client. The statement reflects the principle that has been accepted by the profession that even an appearance of impropriety should be avoided.

The Law

The law in Canada and in other jurisdictions has adopted one of two basic approaches in determining whether a disqualifying conflict of interest exists: (1) the probability of real mischief, or (2) the possibility of real mischief. The term "mischief" refers to the misuse of confidential information by a lawyer against a former client. The first approach requires proof that the lawyer was actually possessed of confidential information and that there is a probability of its disclosure to the detriment of the client. The second is based on the precept that justice must not only be done but must manifestly be seen to be done. If, therefore, it reasonably appears that disclosure might occur, this test for determining the presence of a disqualifying conflict of interest is satisfied.

England

The "probability of real mischief" test is the traditional English approach based on *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke, supra*. Rakusen was terminated from his employment. He retained Mr. Munday to discuss his legal position. When several months later Rakusen instituted proceedings with the assistance of new solicitors, the defendant company retained Munday's associate, Clarke. The court accepted the evidence that Clarke knew nothing about what had transpired between Rakusen and Munday. The passages set out below

peut influencer sur l'administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance. Néanmoins, les normes exposées dans un tel code relativement à une question dont un tribunal est saisi doivent être considérées comme un important énoncé de principes. La règle énoncée au chapitre V doit donc être tenue pour l'expression par la profession au Canada de sa volonté d'imposer une norme très stricte qui régit la conduite des avocats dans une situation où des renseignements confidentiels pourraient être utilisés contre un ancien client. La règle énoncée repose sur le principe, accepté par la profession, qu'il faut éviter même l'apparence de manquement à la déontologie.

Le droit

Au Canada et à l'étranger, la question de savoir s'il existe un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité a été résolue selon deux critères fondamentaux: premièrement, la probabilité de préjudice réel; deuxièmement, la possibilité de préjudice réel. Le terme «préjudice» s'entend du mauvais usage de renseignements confidentiels par un avocat au détriment d'un ancien client. Pour satisfaire au premier critère, il faut prouver que l'avocat a appris des faits confidentiels et qu'il est probable qu'ils seront divulgués au préjudice du client. Le second critère participe du précepte qui veut que la justice soit non seulement rendue mais qu'il soit évident qu'elle est rendue. Par conséquent, s'il semble raisonnable de penser que les renseignements pourraient être divulgués, l'on a satisfait au deuxième critère servant à déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité.

Angleterre

Le critère de la «probabilité de préjudice réel» est la solution classique suivie en Angleterre depuis l'arrêt *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, précité. Rakusen avait perdu son emploi. Il avait mandaté M^e Munday pour étudier ses droits. Lorsque, plusieurs mois plus tard, Rakusen a engagé des poursuites avec l'aide de nouveaux avocats, la société défenderesse a retenu les services de Clarke, associé de Munday. Le tribunal a accepté le témoignage de Clarke qui avait dit ne rien savoir des faits confidentiels communiqués par Rakusen à

are most often quoted in support of the “probability” test. Cozens-Hardy M.R. stated, at p. 835:

I do not doubt for a moment that the circumstances may be such that a solicitor ought not to be allowed to put himself in such a position that, human nature being what it is, he cannot clear his mind from the information which he has confidentially obtained from his former client; but in my view we must treat each of these cases, not as a matter of form, not as a matter to be decided on the mere proof of a former acting for a client, but as a matter of substance, before we allow the special jurisdiction over solicitors to be invoked, we must be satisfied that real mischief and real prejudice will in all human probability result if the solicitor is allowed to act. [Emphasis added.]

Fletcher Moulton L.J. expressed himself as follows, at p. 841:

As a general rule the Court will not interfere unless there be a case where mischief is rightly anticipated. I do not say that it is necessary to prove that there will be mischief, because that is a thing which you cannot prove, but where there is such a probability of mischief that the Court feels that, in its duty as holding the balance between the high standard of behaviour which it requires of its officers and the practical necessities of life, it ought to interfere and say that a solicitor shall not act. [Emphasis added.]

There have been few cases in England since *Rakusen*, but the most recent case, *Re a Solicitor*, unreported, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063, reaffirmed “the probability of real mischief test”. The court noted that it was not actually suggested that the solicitor had acquired “relevant knowledge concerning a former client” and the latter could not “think of any confidential information which he [had] communicated . . . and which might be relevant in connection with” the case (p. 4).

United States

The courts in the United States have generally adopted the stricter “possibility of real mischief” test. According to this approach, once it is established that there is a “substantial relationship” between the matter out of which the confidential information is said to arise and the matter at hand,

Munday. Les passages qui suivent sont très souvent cités à l’appui du critère de la «probabilité». Le maître des rôles Cozens-Hardy a déclaré, à la p. 835:

^a [TRADUCTION] Je ne doute pas le moins du monde que les circonstances peuvent être telles qu’un avocat ne doive pas être autorisé à se mettre dans une situation où, la nature humaine étant ce qu’elle est, il ne pourrait effacer de sa mémoire les renseignements confidentiels que lui a communiqués son ancien client; mais, à mon sens, nous devons dans chacun de ces cas nous pencher non pas sur la forme, non pas sur la seule preuve du fait que l’avocat a déjà représenté ce client, mais sur le fond, avant de permettre que soit invoquée la compétence spéciale à l’égard des avocats, nous devons être convaincus qu’un préjudice réel s’ensuivrait, selon toute probabilité, si l’avocat était autorisé à agir. [Je souligne.]

Le lord juge Fletcher Moulton a émis l’opinion suivante, à la p. 841:

^d [TRADUCTION] En règle générale, le tribunal n’interviendra pas, sauf si un préjudice est prévu avec raison. Je ne dis pas qu’il est nécessaire de prouver qu’un préjudice surviendra, parce que ce n’est pas possible de le prouver, mais que, en cas de probabilité de préjudice telle que le tribunal estime, dans l’exercice de son devoir de soupeser la norme exigeante de conduite qu’il impose à ses auxiliaires et les nécessités pratiques de la vie, qu’il devrait intervenir, il doit le faire et ordonner à un avocat de ne pas occuper pour un client. [Je souligne.]

Peu de précédents anglais sont postérieurs à l’arrêt *Rakusen*, mais la décision la plus récente, *Re a Solicitor*, inédit, Chancery Division, 31 mars 1987, résumé à 131 Sol. J. 1063, a réaffirmé ^g [TRADUCTION] «le critère de la probabilité de préjudice réel». Le tribunal a fait observer qu’il n’avait pas été allégué que l’avocat avait appris ^h [TRADUCTION] «des faits pertinents concernant un ancien client» et que ce dernier ne pouvait [TRADUCTION] «se rappeler aucun renseignement confidentiel qu’il aurait communiqué [. . .] et qui pourrait être pertinent par rapport à» l’affaire (p. 4).

ⁱ *États-Unis*

Les tribunaux américains ont dans l’ensemble appliqué le critère plus rigoureux de «la possibilité de préjudice réel». Selon ce point de vue, s’il a été prouvé qu’il y a un «lien important» entre la question qui serait à l’origine du renseignement confidentiel et la question en litige, il en découle une

there is an irrebuttable presumption that the attorney received relevant information. If the attorney practises in a firm, there is a presumption that lawyers who work together share each other's confidences. Knowledge of confidential matters is therefore imputed to other members of the firm. This latter presumption can, however, in some circumstances, be rebutted. The usual methods used to rebut the presumption are the setting up of a "Chinese Wall" or a "cone of silence" at the time that the possibility of the unauthorized communication of confidential information arises. A "Chinese Wall" involves effective "screening" to prevent communication between the tainted lawyer and other members of the firm. A "cone of silence" is achieved by means of a solemn undertaking not to disclose by the tainted solicitor. Other means which would constitute clear and convincing evidence that no improper disclosure has or can take place are not ruled out. See *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (2d Cir. 1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (S.D. Texas 1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (D. Delaware 1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (W.D. Washington 1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (E.D. Virginia 1981); P. W. Kryworuk, "Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 *C.P.C.* 1; "Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession" (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247, at pp. 1315-34.

In *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), Posner J., set out the rationale for the "substantial relationship" test which gives rise to an irrebuttable presumption that confidences have been disclosed by the client. He states, at p. 1269:

The "substantial relationship" test has its problems, but conducting a factual inquiry in every case into whether confidences had actually been revealed would not be a satisfactory alternative, particularly in a case such as this where the issue is not just whether they have been revealed but also whether they will be revealed

présomption irréfragable que l'avocat a appris des faits pertinents. Les avocats qui exercent au sein d'un cabinet sont présumés partager leurs secrets. Ils sont donc tous censés connaître les renseignements confidentiels. Cette présomption peut cependant être repoussée dans certains cas. Les moyens habituellement utilisés pour la repousser sont la mise en place, au moment où s'est présentée la possibilité de communication sans permission de renseignements confidentiels, d'une «muraille de Chine» ou d'un «cône de silence». Il s'agit dans le premier cas de mesures destinées à empêcher toute communication entre l'avocat en cause et les autres membres du cabinet. Dans le second, il s'agit d'un engagement solennel de l'avocat en cause de ne rien révéler. Il n'est pas exclu que d'autres moyens puissent être employés qui fourniraient une preuve claire et convaincante qu'aucune divulgation illicite n'a eu lieu ni ne peut avoir lieu. Voir *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (2d Cir. 1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (S.D. Texas 1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (D. Delaware 1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (W.D. Washington 1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (E.D. Virginie 1981); P. W. Kryworuk, «Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense» (1985), 45 *C.P.C.* 1; «Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession» (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247, aux pp. 1315 à 1334.

Dans l'affaire *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), le juge Posner explique le fondement du critère du «lien important» qui fait naître une présomption irréfragable que le client a divulgué des renseignements confidentiels, à la p. 1269:

[TRADUCTION] Le critère du «lien important» pose des problèmes, mais faire un examen des faits dans chaque affaire afin de vérifier si des renseignements confidentiels ont été divulgués ne serait pas une solution satisfaisante non plus, surtout si, comme en l'espèce, il ne s'agit pas seulement de décider s'ils ont été divulgués,

during a pending litigation. Apart from the difficulty of taking evidence on the question without compromising the confidences themselves, the only witnesses would be the very lawyers whose firm was sought to be disqualified (unlike a case where the issue is what confidences a lawyer received while at a former law firm), and their interest not only in retaining a client but in denying a serious breach of professional ethics might outweigh any felt obligation to “come clean.” While “appearance of impropriety” as a principle of professional ethics invites and maybe has undergone uncritical expansion because of its vague and open-ended character, in this case it has meaning and weight. For a law firm to represent one client today, and the client’s adversary tomorrow in a closely related matter, creates an unsavory appearance of conflict of interest that is difficult to dispel in the eyes of the lay public—or for that matter the bench and bar—by the filing of affidavits, difficult to verify objectively, denying that improper communication has taken place or will take place between the lawyers in the firm handling the two sides. [Emphasis added.]

The rigidity and overinclusiveness of the irrebuttable presumption have been criticized and some courts have departed from it in special circumstances. These criticisms are summarized in “Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession”, *op. cit.*, at pp. 1355-59:

In situations involving large firms, the maintenance of an irrebuttable presumption of sharing among affiliates can become sorely strained. Suppose that a young litigator, now out on his own, was briefly associated with a big firm and that the firm included among its members a specialist in corporate law who once, perhaps many years before, represented a client in some affair. The young lawyer is now asked to represent a second client against the first in a suit involving a substantially related matter. If the firm is large enough, the corporate specialist may never have been more than a name on the letterhead to the young litigator, who was his nominal affiliate. In most instances, the affiliate will not have been familiar with the corporate lawyer’s old client or with any of the details of that client’s affairs during the affiliate’s association with the firm. In this case, forbidding the young litigator’s representation of a second

mais aussi s’ils le seront au cours d’un litige en instance. Mis à part la difficulté de recueillir des témoignages sur cette question sans risquer de révéler les renseignements, les seuls témoins seraient les avocats qu’on cherche à faire déclarer inhabiles (ce qui serait différent si la question était de savoir quels faits confidentiels un avocat a appris pendant qu’il faisait partie de son ancien cabinet), et leur intérêt non seulement à garder un client, mais encore à nier un grave manquement à la déontologie, pourrait l’emporter sur l’obligation de dire toute la vérité. Certes, on est invité, et peut-être a-t-on été porté à donner une extension inconsidérée à la règle professionnelle touchant «le manquement apparent à la déontologie», à cause de son caractère vague et de sa flexibilité, mais en l’occurrence elle a un sens et du poids. Si un cabinet d’avocats représente un client un jour, puis l’adversaire de ce client le lendemain dans une affaire étroitement connexe, il en résulte selon toute apparence un conflit d’intérêts; or, cette apparence, très déplaisante, est difficile à dissiper aux yeux du public profane—et d’ailleurs à ceux des magistrats et des avocats — par le dépôt d’affidavits, difficiles à vérifier objectivement, dans lesquels les avocats des deux cabinets occupant pour les parties nieraient qu’ils se sont communiqué ou qu’ils se communiqueront des renseignements d’une manière contraire à la déontologie. [Je souligne.]

D’aucuns ont critiqué la rigidité et la portée trop générale de la présomption irréfragable et certains tribunaux l’ont écartée dans des cas particuliers. Ces critiques sont résumées dans «Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession», *loc. cit.*, aux pp. 1355 à 1359:

[TRADUCTION] Dans les situations où il s’agit de grands cabinets, le maintien d’une présomption irréfragable de partage de renseignements entre associés peut devenir très difficile. Supposons qu’un jeune plaideur, maintenant à son compte, ait été brièvement associé à un grand cabinet qui comptait parmi ses membres un spécialiste du droit des sociétés chargé, il y a maintenant de nombreuses années, de représenter un client dans une certaine affaire. On demande maintenant au jeune avocat de représenter un deuxième client contre le premier dans une poursuite portant sur une affaire étroitement connexe. Si le cabinet est suffisamment important, le spécialiste du droit des sociétés n’aura peut-être jamais été plus qu’un nom figurant sur un en-tête de lettre pour le jeune plaideur qui était son associé nominal. Dans la plupart des cas, l’associé, alors qu’il était associé au cabinet, n’aura pas connu l’ancien client de

client in a suit against the first client is an empty gesture.

As the structure of legal practice changes and such cases become increasingly common, one must ask whether the putative benefits of the strict rule justify its costs. Proscription of successive representation, including representation by a former affiliate, imposes significant losses on would-be clients, including effective deprivation of their first choice of counsel. A further objection to the categorical rule is its effect on the professional mobility of young attorneys, who frequently begin their careers with a stint at a large firm. A rule irrebuttably imputing to every former affiliate of such a firm synoptic knowledge of the matters it has handled is not merely unrealistic, but is potentially a serious impediment to an attorney (like the young litigator in the previous example) who seeks either to establish his own practice or to affiliate himself with a new firm. Especially when the former affiliate has specialized during his tenure with his old colleagues, an irrebuttable presumption may block his attempt to use his training to the advantage of new clients; indeed, it may transform his specialized skills from an asset into a serious liability.

The need for a more flexible approach to imputation of client confidences is widely acknowledged. The liberalized rule allows the traditional presumption to be rebutted in an enforcement proceeding by evidence suggesting a low probability that the lawyer who was materially involved in representing a client actually shared any relevant information with his affiliate . . .

Critics of a rebuttable imputation rule have generally relied on the need to prevent any representation that involves even an "appearance of impropriety." Operating on the view that appearances must be protected at nearly any price, some courts have rejected former affiliates' attempts to rebut the presumption of shared knowledge. Under the "appearance of impropriety" doctrine, the "non-existence of actual conflict is presumed," and the *mere appearance* of conflict is sufficient to taint the representation. Yet there seems to be a trend, even among those courts that accept the policy behind the doctrine, to allow "any initial inference of impropriety" to be "dispelled" by evidence rebutting the presumption that knowledge was shared among former affiliates. As the role of appearances in determining whether a given representation ought to be proscribed continues to

l'avocat du droit des sociétés ou quelque détail des affaires de ce client pendant qu'il était associé avec le cabinet. En l'espèce, le fait d'interdire au jeune plaideur de représenter le deuxième client dans une poursuite contre le premier client constitue un geste vain.

Comme la pratique du droit change et que de tels cas deviennent de plus en plus fréquents, il faut se demander si les avantages supposés de la règle stricte justifient son coût. L'interdiction de la représentation successive, y compris la représentation par un ancien associé, impose des pertes importantes aux clients éventuels, dont la privation réelle de leur premier choix d'un avocat. Une objection supplémentaire à la règle catégorique est son effet sur la mobilité professionnelle des jeunes procureurs, qui commencent souvent leur carrière par un séjour limité dans un grand cabinet. Une règle qui impute de manière absolue à chaque ancien associé d'un tel cabinet une connaissance synoptique des affaires que celui-ci a traitées n'est pas simplement irréaliste, mais elle est susceptible de constituer un empêchement grave pour un avocat (comme le jeune plaideur dans l'exemple précédent) qui cherche à mettre sur pied son propre cabinet ou à s'associer dans un nouveau cabinet. Particulièrement, lorsque l'ancien associé s'est spécialisé pendant qu'il était avec ses anciens collègues, une présomption irréfragable peut l'empêcher d'utiliser sa formation à l'avantage de nouveaux clients; en fait, elle peut transformer l'avantage que représente sa compétence spécialisée en un grave handicap.

La nécessité d'une position plus souple au regard de cette imputation des confidences du client est largement reconnue. La règle libéralisée permet de combattre la présomption traditionnelle en justice, en rapportant la preuve qu'il y a peu de risques que l'avocat qui représentait effectivement un client ait réellement partagé un renseignement pertinent avec son associé . . .

Les critiques à l'égard de la règle de l'imputation réfutable se sont généralement fondées sur la nécessité d'empêcher toute représentation qui comporte ne serait-ce qu'un «manquement apparent à la déontologie». Partant du principe que les apparences doivent être sauvegardées presque à tout prix, certains tribunaux ont rejeté les tentatives d'anciens associés visant à repousser la présomption de la connaissance partagée. Selon la doctrine du «manquement apparent à la déontologie», «l'inexistence d'un conflit réel est présumée» et la *simple apparence* de conflit est suffisante pour entacher la représentation. Toutefois, il semble y avoir une tendance, même parmi les tribunaux qui acceptent la politique sous-jacente à la doctrine, à admettre que «toute conclusion initiale de manquement à la déontologie» puisse être «rejetée» par des preuves écartant la pré-

decline, objections to a rebuttable presumption will presumably dissipate. This liberalized approach reduces unnecessary proscription and its associated costs while affording former clients a reasonable degree of security from the threat of fiduciary breach. [Footnotes omitted.] [Italics in original.]

In support of this position, the author cites considerable authority. See for example: *Novo Therapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (7th Cir. 1955) (en banc); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (3rd Cir. 1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322 (9th Cir.), certiorari denied, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (2d Cir. 1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (2d Cir. 1955), certiorari denied, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (N.D. Ohio 1977), aff'd mem., 573 F.2d 1310 (6th Cir.), certiorari denied, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (S.D.N.Y. 1958).

Typical of the statements in these cases is the following made in *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, supra, at pp. 753-54:

It is unquestionably true that in the course of their work at large law firms, associates are entrusted with the confidences of some of their clients. But it would be absurd to conclude that immediately upon their entry on duty they become the recipients of knowledge as to the names of all the firm's clients, the contents of all files relating to such clients, and all confidential disclosures by client officers or employees to any lawyer in the firm. Obviously such legal osmosis does not occur. The mere recital of such a proposition should be self-refuting . . .

Thus, while this Circuit has recognized that an inference may arise that an attorney formerly associated with a firm himself received confidential information transmitted by a client to the firm, that inference is a rebuttable

somption que la connaissance était partagée entre les anciens associés. À mesure que diminuera le rôle des apparences pour déterminer si une représentation donnée devrait être interdite, les objections à l'égard d'une présomption réfragable devraient se dissiper. Cette position libéralisée réduit les interdictions inutiles et les coûts qui en résultent, tout en garantissant raisonnablement les anciens clients contre la menace d'infidélité. [Les notes en bas de page sont omises.] [En italique dans l'original.]

À l'appui de cette position, l'auteur cite beaucoup de jurisprudence. Voir par exemple: *Novo Therapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (7th Cir. 1955) (en banc); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (3rd Cir. 1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322 (9th Cir.), certiorari refusé, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (2d Cir. 1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (2d Cir. 1955), certiorari refusé, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (N.D. Ohio 1977), conf. mem., 573 F.2d 1310 (6th Cir.), certiorari refusé, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (S.D.N.Y. 1958).

La déclaration suivante faite dans l'arrêt *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, précité, aux pp. 753 et 754, est typique de ces affaires:

[TRADUCTION] Il est indéniablement vrai que dans le cadre de leur travail dans de grands cabinets d'avocats, les associés recueillent les confidences de certains de leurs clients. Toutefois, il serait absurde de conclure que dès leur entrée en fonction, ils connaissent le nom de tous les clients du cabinet, le contenu de tous les dossiers relatifs à ces clients ainsi que toutes les communications confidentielles faites par les dirigeants ou par les employés des clients à un avocat du cabinet. De toute évidence, une telle osmose juridique ne se produit pas. Le simple énoncé d'une telle proposition devrait se réfuter de lui-même . . .

Par conséquent, bien que notre cour de circuit ait reconnu que l'on puisse tirer la présomption qu'un avocat qui était associé dans un cabinet a lui-même reçu des renseignements confidentiels transmis par un client

one. *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824, 827 (2d Cir. 1955)

And in *Analytica, supra*, Coffey J., said, at p. 1277:

Reliance upon antiquated notions of disqualification such as irrebuttable presumptions simply will no longer suffice in today's specialized practice of law.

My concern in this area lies in the effect a disqualification motion has on both a law firm as well as a newly hired individual in a firm

If prior representation of a particular client will irrebutably disqualify an entire firm from handling certain cases, the result could easily be whole law firms of "Typhoid Marys." This would have a drastic impact on the careers of attorneys in entire firms, would impede clients' rights to be represented by attorneys of their choice and would discourage attorneys with expertise in a particular field of law from handling cases in their respective specialties.

Australia

In Australia as in Canada courts appear to vacillate as to the proper test. In *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118, Bryson J. approved of the *Rakusen* test. But in *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539, Gummow J. expressed the view that the Australian position was perhaps no less stringent than the American position. He also referred to a paper by Dr. Finn, "Conflicts of Interest and Professionals" (published by the New Zealand Legal Research Foundation in the volume *Professional Responsibility*) in which Dr. Finn refers to the *Rakusen* test as "untenable". Dr. Finn considers whether it is preferable to adopt the American concept of the irrebuttable presumption or the less rigid approach of a presumption rebuttable by the lawyer. The learned writer opts for the latter.

Several cases in the Family Court of Australia have applied a test stricter than *Rakusen*. See *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R.

au cabinet, cette présomption est réfragable. *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824, 827 (2d Cir. 1955)

De plus, dans l'arrêt *Analytica*, précité, le juge Coffey, a dit, à la p. 1277:

[TRADUCTION] S'appuyer sur des notions dépassées d'inhabilité comme les présomptions irréfragables ne suffira désormais plus dans la pratique spécialisée du droit d'aujourd'hui.

Ma préoccupation dans ce domaine porte sur l'effet qu'a une requête en exclusion sur le cabinet d'avocats ainsi que sur une personne qui vient d'être engagée dans un cabinet

Si la représentation antérieure d'un client en particulier empêche de façon absolue un cabinet entier de s'occuper de certaines affaires, il pourrait facilement en résulter que des cabinets au complet soient craints comme la peste. Une telle situation aurait un effet important sur la carrière des avocats de cabinets entiers, porterait atteinte au droit des clients d'être représentés par les avocats de leur choix et découragerait les avocats d'expérience dans un domaine particulier du droit de s'occuper d'affaires dans leurs spécialités respectives.

Australie

En Australie comme au Canada, les tribunaux semblent hésiter entre les critères à appliquer. Dans l'affaire *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118, le juge Bryson a approuvé le critère retenu dans l'arrêt *Rakusen*. Mais dans l'affaire *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539, le juge Gummow a considéré que le point de vue australien n'était peut-être pas moins rigoureux que la solution américaine. Il s'est référé en outre à un exposé de Finn, «Conflicts of Interest and Professionals», publié par la New Zealand Legal Research Foundation dans l'ouvrage *Professional Responsibility*. Finn qualifie le critère énoncé dans l'affaire *Rakusen* d'«insoutenable». Il se demande s'il serait préférable d'adopter le concept américain de présomption irréfragable ou la solution moins rigide de la présomption réfutable par l'avocat. L'auteur opte pour celle-ci.

Dans plusieurs affaires soumises au tribunal de la famille de l'Australie, ce dernier a appliqué un critère plus strict que celui énoncé dans l'affaire *Rakusen*. Voir *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95, et *Re the Marriage of*

95, and *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843.

New Zealand

There are no reported cases on the point but, in "Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?", Dean and Finlayson, [1990] *N.Z.L.J.* 43, the learned authors review several judicial statements and conclude, at p. 52:

It is the authors' submission that the appropriate test to be applied in this country in conflict of interest situations is the "possibility of real mischief or prejudice" test, developed by the American Courts and adopted and approved in at least the Canadian jurisdiction. Even if the American test is not followed to its fullest extent, it is at the very least essential that the Courts now place a greater onus on solicitors (and counsel) to avoid situations of conflict of interest including situations where there may be only the appearance of a conflict. Times have changed dramatically since *Rakusen*. As Bryson J observed in the *D & J Constructions* case "... each court must to some extent interpret its own times and manners and the conduct which it should expect or even fear from its practitioners" in deciding the degree of control to be exerted.

Canada

In Canada, some courts have applied *Rakusen* but the trend is to apply a stricter test which reflects the concern for the appearance of justice. P. W. Kryworuk, *op. cit.*, points out that Canadian courts are largely applying the stricter American test or are applying a stricter version of *Rakusen* "in light of current attitude towards 'conflict of interest, justice and the appearance of justice and even the concept of "fairness" '".

A few statements from recent cases will serve to illustrate the judicial mood in Canada. In *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236, Goodman J. stated, at pp. 237-38:

The applicant in proceedings of this kind must come to Court with clean hands and justice must not only be done but it must be seen to be done.

... In my view it would be almost impossible for them to cleanse from their minds any information which they

R.P. and A.A. Gagliano (1989), 12 Fam. L.R. 843.

Nouvelle-Zélande

Aucune décision publiée ne traite de cette question; mais, dans «Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?», Dean et Finlayson, [1990] *N.Z.L.J.* 43, les auteurs étudient plusieurs précédents, et concluent, à la p. 52:

[TRADUCTION] Selon nous, le critère qu'il convient de retenir dans ce pays, à l'égard des situations de conflit d'intérêts, est la «possibilité de préjudice réel», critère qu'ont énoncé les tribunaux américains et que les tribunaux canadiens du moins ont adopté et approuvé. Même si le critère américain n'est pas appliqué intégralement, il est à tout le moins essentiel que les tribunaux imposent aux avocats une obligation plus stricte d'éviter les situations de conflit d'intérêts, y compris les situations où il n'y a qu'un conflit apparent. Les choses ont bien changé depuis l'arrêt *Rakusen*. Comme le fait observer le juge Bryson dans l'affaire *D & J Constructions*, «... chaque tribunal doit, dans une certaine mesure, [pour décider du degré de contrôle à exercer] tenir compte des mœurs de son temps et de la conduite à prévoir ou à craindre de la part des avocats».

Canada

Au Canada, certains tribunaux ont suivi l'arrêt *Rakusen*, mais la plupart appliquent un critère plus strict, qui correspond à la notion de l'apparence de justice. P. W. Kryworuk, *loc. cit.*, souligne que les tribunaux canadiens, en grande partie, ont adopté le critère plus rigoureux de la jurisprudence américaine ou une version plus stricte du critère énoncé dans l'arrêt *Rakusen*, [TRADUCTION] «vu l'attitude actuelle à l'égard des «conflits d'intérêts, de la justice et de l'apparence de justice, et même de la notion de «loyauté» ».

Quelques extraits tirés de la jurisprudence récente permettront d'illustrer l'état d'esprit des juges canadiens. Dans l'affaire *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236, le juge Goodman a déclaré, aux pp. 237 et 238:

[TRADUCTION] Le requérant en pareil cas doit se présenter devant la cour avec la conscience nette et justice doit non seulement être rendue mais il doit être évident qu'elle est rendue.

... À mon avis, il serait presque impossible pour eux de chasser de leur esprit les renseignements qu'ils auraient

may have received while acting on behalf of any of the defendants in the past relating in any way to the subject-matter of these proceedings. It is true that there has been no allegation or submission made by counsel for the defendants herein indicating any specific use or misuse of information obtained confidentially by reason of a solicitor-and-client relationship, but the fact remains that the possibility of that occurring is very real.

In *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117, Southey J., after considering *Rakusen* and *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, *supra*, concluded, at p. 122:

It will be seen that the authorities emphasize the unfairness arising out of a solicitor acting against a former client where the solicitor might have received confidential information from that former client. That possibility, for all practical purposes, does not exist in the case at Bar, in my judgment.

In *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270, Fanjoy Co. Ct. J. applied *Rakusen* with the following caveat, at pp. 272-73:

From this judgment [*Rakusen*] I come to the conclusion that the Court must be satisfied that real mischief and real prejudice will in probability result if the solicitor is allowed to act.

I must apply this principle in light of present day practices and decisions with respect to conflict of interest, justice and the appearance of justice and even the concept of "fairness". My observation is that the Courts are requiring higher and stricter standards in all these areas. [Emphasis added.]

In *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133, Callaghan J. (now C.J.H.C.), after reviewing the competing considerations with respect to the probability and possibility tests, stated, at pp. 135-36:

Of more importance, however, is the fact that the principles involved herein are designed not only to protect the interests of the individual clients but they also protect the public confidence in the administration of justice. This is particularly so when the litigation involves a family dispute. Furthermore, when the public interest is involved, the appearance of impropriety overrides any private interest claimed by waiver.

obtenus quand ils représentaient l'un des défendeurs dans le passé et qui auraient un lien quelconque avec l'objet de ce litige. Il est vrai que l'avocat des défendeurs en l'espèce n'a présenté aucune allégation ni aucun argument indiquant que les renseignements confiés sous le sceau du secret aient été utilisés, indûment ou non, mais cette utilisation demeure une possibilité très réelle.

Dans l'affaire *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117, le juge Southey tire de son analyse des décisions *Rakusen* et *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, précitées, la conclusion suivante, à la p. 122:

[TRADUCTION] Comme on peut le constater, il ressort nettement de la jurisprudence qu'il n'est pas juste qu'un avocat occupe pour une partie contre son ancien client s'il est possible que ce client lui ait communiqué des renseignements confidentiels. En pratique, cette possibilité n'existe pas en l'occurrence, à mon avis.

Dans l'affaire *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270, le juge Fanjoy de la Cour de comté a appliqué l'arrêt *Rakusen*, mais en faisant cette mise en garde, aux pp. 272 et 273:

[TRADUCTION] Je conclus de ce jugement [*Rakusen*] que la cour doit être convaincue qu'un préjudice réel se produira probablement si l'avocat est autorisé à agir.

Je dois appliquer ce principe en tenant compte des usages actuels et des décisions récentes touchant les conflits d'intérêts, la justice, l'apparence de justice, et même la notion de «loyauté». J'ai constaté que les tribunaux imposent des normes de plus en plus exigeantes et strictes au regard de toutes ces questions. [Je souligne.]

Au sujet des critères de la probabilité et de la possibilité, dans l'affaire *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133, le juge Callaghan (maintenant juge en chef de la Haute Cour) pèse le pour et le contre, puis conclut, aux pp. 135 et 136:

[TRADUCTION] Toutefois, ce qui importe encore plus, c'est que les principes en jeu visent non seulement à protéger les intérêts des clients, mais encore à préserver la confiance du public dans l'administration de la justice. C'est d'autant plus vrai quand le litige porte sur un conflit familial. Par surcroît, quand l'intérêt public est en jeu, tout manquement apparent à la déontologie l'emporte sur les intérêts privés que l'on fait valoir au moyen d'une renonciation.

In *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638 (Ont. H.C.), aff'd in part (1985), 15 D.L.R. (4th) 639 (Ont. C.A.), a solicitor had been consulted by a party involved in a motor vehicle accident but swore that he had received no confidential information. O'Brien J., whose reasons were adopted by the Court of Appeal, stated, at p. 640:

I am satisfied in this case there is a very real appearance of professional impropriety and this is clearly a situation where the solicitor might have received confidential information from the defendant, which could be used against the defendant in these proceedings.

I think it would be difficult for the parties in this lawsuit to have confidence in a just result where the solicitor has been placed in that position and now intends to continue against one of his former clients. I am satisfied the solicitor should be removed from the record.

In *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67 (Nfld. Unif. Fam. Ct.), aff'd Nfld. C.A. June 6, 1988 (unreported), the solicitor, Mr. Day, was consulted by the defendant to obtain a second opinion with respect to the case. Subsequently, her husband retained another lawyer in the firm to act against his wife. Hickman C.J. granted the wife's application. After referring to the relevant rule of professional conduct, he concluded as follows, at p. 75:

In this case Mr. David C. Day, Q.C. was given confidential information by the plaintiff [*sic*], based upon which he gave her professional advice on some, if not all the issues, which will be coming before this court during trial. He was paid a fee for such professional services. A solicitor-client relationship existed relating to the matters in dispute. While Mr. Day may never be in a position to pass on such confidential information to his partner, Ms. Dawe, yet, the perception is such that the defendant, as a reasonable person, could, in my view, conclude that her interests will be jeopardized should Ms. Dawe or any member of her firm continue to act for her husband in this case. That fact, coupled with the apprehension the defendant has toward the justice system, as a result of her husband's allegations of "connections within the legal profession" makes it all the more necessary that it be made clear that no possibility exists of a conflict of interest.

Dans l'affaire *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638 (H.C. Ont.); conf. en partie par (1985), 15 D.L.R. (4th) 639 (C.A. Ont.), une personne qui avait eu un accident d'automobile avait consulté un avocat, mais ce dernier avait juré n'avoir obtenu aucun renseignement confidentiel. Le juge O'Brien, dont les motifs ont été repris par la Cour d'appel, dit, à la p. 640:

[TRADUCTION] Je suis convaincu qu'en l'espèce, il y a eu une très réelle apparence de manquement à la déontologie et qu'à l'évidence, c'est un cas où l'avocat pourrait avoir appris du défendeur des faits confidentiels qui pourraient être utilisés contre lui dans cette cause.

Je pense qu'il serait difficile pour les parties à cette action d'avoir confiance dans un résultat juste alors que l'avocat se trouve dans cette situation et qu'il a l'intention d'agir contre l'un de ses anciens clients. Je suis convaincu qu'il y a lieu de déclarer l'avocat inhabile à agir en l'espèce.

Dans l'affaire *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67 (Cour unifiée de la famille T.-N.), conf. par la C.A.T.-N., 6 juin 1988 (inédit), la défenderesse qui voulait l'avis d'un autre avocat sur l'affaire avait consulté M^e Day. Par la suite, son mari a mandaté un autre avocat du même cabinet pour la poursuivre. Le juge en chef Hickman a fait droit à la requête de l'épouse. Il a examiné la règle professionnelle pertinente, puis conclu, à la p. 75:

[TRADUCTION] En l'espèce, M^e David C. Day, c.r., a appris des faits confidentiels de la défenderesse, sur la base desquels il l'a conseillée sur une partie, sinon sur la totalité, des questions qui seront soumises à cette Cour au cours du procès. Il a touché des honoraires pour ses services professionnels. C'est une relation entre un procureur et sa cliente qui s'est établie par rapport à l'objet du litige. Certes, M^e Day ne sera peut-être jamais en mesure de transmettre ces renseignements confidentiels à son associée M^e Dawe, mais l'impression créée autoriserait la défenderesse, comme toute personne raisonnable, à mon sens, à conclure que ses intérêts seraient compromis si M^e Dawe ou un autre membre de son cabinet continuait de représenter son mari dans cette affaire. Cette conclusion, combinée à l'appréhension de la défenderesse vis-à-vis du système judiciaire, à cause des paroles de son mari, qui lui a dit avoir des «relations dans la profession», met encore mieux en évidence la nécessité de bien faire comprendre qu'aucun conflit d'intérêts n'est possible.

I conclude, as well, that to permit the plaintiff's law firm to continue to act in this case would be perceived by the public as placing the defendant in an unfair position when this action goes to trial. The *sine qua non* of the justice system is that there be an unqualified perception of its fairness in the eyes of the general public. In order to sustain that salutary precept, it is essential that the integrity and absolute independence of the courts and its [*sic*] officers be maintained in such a way as to assure a discerning public that the principle of equality before the law is not in danger of being comprised [*sic*]. The door must remain firmly shut against any possibility of comprising [*sic*] that principal [*sic*]. To allow the plaintiff's law firm to continue to act in this case would open that door, albeit ever so slightly, to the possibility of compromising the impartial administration of justice—something which a court is duty bound to prevent. [Emphasis added.]

In *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326, the Nova Scotia Court of Appeal disqualified a law firm which, while acting for a husband, was consulted by the wife. Different lawyers in the firm were involved. Although the court agreed that the conduct throughout was of the high standard expected in the legal profession, it refused to accept assurances that confidential information would not be shared.

In *Thomson v. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782, Gonthier J. (now a member of this Court) found a conflict of interest where counsel for the plaintiff had previously advised both parties in respect of the transaction giving rise to the litigation. He stated, at p. 785:

[TRANSLATION] This is the cost of ensuring that justice not only is done but is seen to be done, in accordance with the well-known maxim on which the integrity of the judicial system is based, and lawyers are an essential part of that system. Such a practice may also be contrary to the right of the parties to a full and equal hearing as required by s. 23 of the [Quebec] Charter.

In *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255 (P.E.I.S.C.T.D.), *aff'd* (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12, a lawyer who had been actively involved in the case for the plaintiff became a partner in the law firm representing the defendant. In acceding to the application to dis-

Je conclus en outre qu'aux yeux du public, permettre, en l'espèce, au cabinet mandaté par le demandeur de continuer d'occuper pour lui constituerait pour la défenderesse un désavantage injuste au moment où cette action serait instruite. Il est absolument indispensable que le système judiciaire soit tenu, sans réserve, pour loyal par le grand public. Afin de préserver ce précepte salutaire, il est essentiel que l'intégrité et l'absolue indépendance des tribunaux et de leurs auxiliaires soient maintenues de façon à convaincre le public doué de discernement que le principe de l'égalité de tous devant la loi est à l'abri de tout péril. Il faut laisser la porte fermée à toute possibilité de mettre ce principe en danger. Permettre au cabinet représentant le demandeur de continuer à occuper pour lui dans cette cause ouvrirait la porte, si peu que ce soit, à la possibilité de compromettre l'impartialité de l'administration de la justice — résultat qu'un tribunal a l'obligation de prévenir. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a prononcé l'inhabilité à agir d'un cabinet d'avocats qui avait été consulté par la femme du client qui l'avait d'abord mandaté. Des avocats différents représentaient les parties. Bien que la cour ait reconnu que leur conduite avait toujours été conforme aux normes exigeantes de la profession, elle a refusé d'accepter leur assurance de ne pas partager de renseignements confidentiels.

Dans l'affaire *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782, le juge Gonthier (maintenant juge de notre Cour) a conclu à l'existence d'un conflit d'intérêts dans un cas où l'avocat du demandeur avait conseillé les deux parties sur la transaction à l'origine du litige. Il a déclaré, à la p. 785:

C'est à ce prix que non seulement justice sera faite mais également paraîtra être faite selon la maxime bien connue sur laquelle repose l'intégrité du système judiciaire dont les avocats sont un élément essentiel. Une telle pratique peut être contraire aussi au droit des parties à la tenue d'une audition en pleine égalité comme le prescrit l'article 23 de la Charte [québécoise].

Dans l'affaire *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255 (D.P.I.C.S. Î.-P.-É.), *conf.* (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12, un avocat qui avait pris une part active dans l'affaire au nom du demandeur était devenu associé dans le cabinet mandaté par la défenderesse. Pour faire

qualify the defendant's law firm, McQuaid J. pro-
pounded the following test, at pp. 257-62:

... the court has a duty to balance the expected high standards of professional integrity against the realities of life. Where, in the opinion of the court, there exists, or may exist, or may be reasonably anticipated to exist a danger of a breach of confidentiality, then an injunction will issue. Strict proof of the likelihood of breach is not the standard; the standard is the perceived, or reasonably anticipated "danger" of such a breach.

... if he [the transferred lawyer] has a duty to all parties to the litigation, as well as to the public, to avoid the very appearance of the possibility of any conflict of duty, which the law would appear to indicate that he has, then not only he, but his new colleagues as well, who are, may, or might be perceived to be, privy to the confidential information, then all would be tainted with the brush of conflict of interest.

I consider the more appropriate approach to be, not the narrow and rigid approach of Cozens-Hardy, M.R., "that real mischief and real prejudice will in all human probability result", but with the broader, and I think more relevant approach in today's society that "the court ought to be concerned not only with the actual possibility of a conflict of duty, but also with the appearance of such a possibility", as expressed by Saunders, J., in *Brown*.

The issue is: Can the court reasonably infer, given all of the facts, that it might reasonably be perceived primarily by the client, and secondarily, but possibly equally important, by the public, that such did, might, or could have taken place to the prejudice of the client, and to the prejudice of the public's perception and high expectations of the profession.

Finally, in *Morton v. Asper*, *supra*, which was applied by Hanssen J. in this case, Jewers J. stated, at pp. 173-74:

For myself, I prefer to follow those cases which have extended the principle in *Rakusen* to include considerations of public policy, the interest of the public in the proper administration of justice and the perception of fairness by the public and individual litigants. I see

droit à la demande visant à faire déclarer le cabinet inhabile à occuper pour la défenderesse, le juge McQuaid a proposé le critère suivant, aux pp. 257 à 262:

^a [TRADUCTION] ... le tribunal a l'obligation de mettre dans la balance les normes exigeantes d'intégrité attendues de la profession et les réalités de tous les jours. Si, de l'avis du tribunal, il y a, ou il peut y avoir, ou il est raisonnablement prévisible qu'il y ait, un danger de violation du secret, une injonction sera prononcée. La norme ne consiste pas dans la preuve stricte de la probabilité de violation; la norme réside dans le «danger» de violation, qui est perçu ou raisonnablement prévu.

^b ... s'il [l'avocat qui a changé de cabinet] a l'obligation envers toutes les parties au litige, et envers le public, d'éviter l'apparence même de la possibilité d'un conflit de devoirs—ce que la loi semble lui imposer—alors non seulement lui, mais encore ses nouveaux collègues qui ont, ou qui peuvent avoir, ou qui pourraient être perçus comme ayant, connaissance des renseignements confidentiels, tous pourraient se voir reprocher un conflit d'intérêts.

^c Je considère que la solution préférable est, non pas le critère étroit et rigide énoncé par le maître des rôles Cozens-Hardy—«qu'un préjudice réel s'ensuivrait, selon toute probabilité»—mais le point de vue plus libéral et, je crois, mieux adapté à la réalité d'aujourd'hui, qu'exprime le juge Saunders dans l'affaire *Brown*, selon qui «la cour doit tenir compte non seulement de la possibilité réelle d'un conflit de devoirs, mais encore de l'apparence même de cette possibilité».

^d La question à trancher est la suivante: la cour peut-elle raisonnablement inférer de l'ensemble des faits que le client tout d'abord, et ensuite, mais c'est peut-être aussi important, le public, pourraient avoir l'impression que la chose a eu, pourrait avoir, ou aurait pu avoir, lieu au détriment du client et au préjudice de l'image de marque de la profession et de l'attente considérable du public à son égard.

^e Enfin, dans la décision *Morton v. Asper*, précitée, que le juge Hanssen a suivie en l'espèce, le juge Jewers dit, aux pp. 173 et 174:

^f [TRADUCTION] Pour ma part, je préfère suivre les décisions qui ont élargi la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Rakusen* pour y inclure des considérations d'intérêt général, l'intérêt public au regard de la bonne administration de la justice et l'impression de loyauté

nothing in the appellate decisions which would prevent this approach and indeed, in my view, it is encouraged by **Re Speid** [(1984), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.)] and **Fisher v. Fisher** (supra). I believe that these broad principles are reflected in the **Code of Professional Conduct**, in particular Clause 11 which speaks of a solicitor placing himself in a position where he might be tempted or appear to be tempted to breach the rule relating to confidential information.

It reduces itself to a matter of appearance and perception: The plaintiffs' former solicitors have now joined the other side. They have a great deal of confidential information going to the very heart of the plaintiffs' case which would be of inestimable value to the opposition. I have already said that I am confident that they have not and will not divulge this information; however, the **Code of Ethics** says that they should not be in a position where they might be tempted or appear to be tempted to do so. I don't say they might be tempted to do so, but to the plaintiffs and to interested members of the public, they might very well appear to be tempted. [Emphasis in original.]

A number of courts, however, have continued to follow the *Rakusen* test. These decisions include: *Farmers Mutual Petroleums Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618 (Sask. C.A.); *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748 (Alta. S.C.); *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664 (Alta. S.C.); *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703 (S.C.T.D.); *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797 (H.C.); *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151 (Sask. C.A.); and *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, unreported, British Columbia Supreme Court, June 26, 1985.

Nevertheless it is evident from this review of authorities that the clear trend is in favour of a stricter test. This trend is the product of a strong policy in favour of ensuring not only that there be no actual conflict but that there be no appearance of conflict.

A number of cases have specifically addressed the question as to whether possession of confidential information on the part of one member of a

qu'ont le public et les plaideurs. Je ne vois rien dans les arrêts des cours d'appel qui contredise ce point de vue et, en réalité, il s'appuie à mon sens sur les arrêts **Re Speid** [(1984), 43 O.R. (2d) 596 (C.A.)] et **Fisher v. Fisher** (précité). Je pense que ces principes généraux sont reflétés dans le **Code de déontologie professionnelle**, en particulier à l'article 11 qui parle de l'avocat qui se met dans une situation où il pourrait être tenté ou sembler être tenté de violer la règle du secret professionnel.

C'est une affaire d'apparence et de perception. Les anciens avocats du demandeur sont passés dans l'autre camp. Ils disposent de quantité de renseignements confidentiels qui concernent le fond de l'argumentation du demandeur et qui auraient une valeur inestimable pour l'adversaire. J'ai déjà dit être sûr qu'ils n'ont pas divulgué et qu'ils ne divulgueront pas ces renseignements; le **Code de déontologie** dit cependant qu'ils ne doivent pas se trouver dans une situation où ils pourraient être tentés ou sembler être tentés de le faire. Je ne dis pas qu'ils pourraient être tentés de le faire, mais ils pourraient très bien sembler l'être aux yeux des demandeurs et des personnes intéressées, en général. [Souligné dans l'original.]

Toutefois, dans un bon nombre de décisions, les tribunaux ont continué de suivre le critère énoncé dans l'arrêt *Rakusen*. Parmi celles-ci, on compte *Farmers Mutual Petroleums Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618 (C.A. Sask.); *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748 (C.S. Alb.); *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664 (C.S. Alb.); *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703 (C.S.D.P.I.); *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797 (H.C.); *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151 (C.A. Sask.); *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 26 juin 1985.

Il ressort néanmoins manifestement de l'examen de ces décisions que les tribunaux ont nettement tendance à appliquer un critère plus rigoureux. Cette tendance participe d'une volonté ferme d'éviter non seulement les conflits réels, mais encore les conflits qui ne seraient qu'apparents.

Un certain nombre de précédents ont porté sur la question de savoir s'il fallait induire du fait qu'un des membres d'un cabinet avait obtenu des

firm should be imputed to the rest of the firm. The strict application of the appearance principle has led some courts to apply it so that the presumption that "the knowledge of one is the knowledge of all" is irrebuttable. In this category are *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Fisher v. Fisher, supra*; and *Morton v. Asper, supra*. Other courts have allowed the principle to be rebutted: see *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157 (F.C.T.D.), and *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht, supra*. These cases are analyzed by Graham Steele in "Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'" (1990), 12 *Adv. Q.* 46. He concludes, at p. 58:

Some judges (and lawyers) find the rigid application of test (2) to be too hard on lawyers and law firms, particularly in today's climate of mergers and megafirms. For the purpose of determining whether there is a conflict of interest, they would advocate what might be called a "rebuttable imputation" of a lawyer's knowledge.

The Appropriate Test

What then should be the correct approach? Is the "probability of mischief" standard sufficiently high to satisfy the public requirement that there be an appearance of justice? In my opinion, it is not. This is borne out by the judicial statements to which I have referred and to the desire of the legal profession for strict rules of professional conduct as its adoption of the Canadian Code of Professional Conduct demonstrates. The probability of mischief test is very much the same as the standard of proof in a civil case. We act on probabilities. This is the basis of *Rakusen*. I am, however, driven to the conclusion that the public, and indeed lawyers and judges, have found that standard wanting. In dealing with the question of the use of confidential information we are dealing with a matter that is usually not susceptible of proof. As pointed out by Fletcher Moulton L.J. in *Rakusen*, "that is a thing which you cannot prove" (p. 841). I would add "or disprove". If it were otherwise, then no doubt the public would be satisfied upon proof that no prejudice would be occasioned. Since, however, it is not susceptible of proof, the test must be such

renseignements confidentiels, que les autres en avaient eux aussi eu connaissance. L'application rigoureuse du critère de l'apparence a amené certains tribunaux à considérer qu'il s'agissait d'une présomption irréfragable. Rentrent dans cette catégorie les décisions *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.); *Fisher v. Fisher* et *Morton v. Asper*, précitées. D'autres tribunaux ont tenu la présomption pour réfutable: voir *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157 (D.P.I.C.F.) et *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht*, précitée. Graham Steele analyse ces décisions dans un article: «Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'» (1990), 12 *Adv. Q.* 46. Il conclut, à la p. 58:

[TRADUCTION] Certains juges (et certains avocats) estiment que l'application rigide du critère (2) est trop sévère à l'endroit des avocats et des cabinets, surtout dans le contexte actuel des fusions et des mégacabinets. Ils préconisent, pour déterminer s'il y a un conflit d'intérêts, ce que l'on pourrait appeler la notion de l'imputation réfutable de ce qu'a appris un avocat.

Le critère à retenir

Quelle doit donc être la bonne approche? La norme de la «probabilité de préjudice» est-elle assez exigeante pour donner à la justice ce caractère apparent que le public exige d'elle? À mon sens, elle ne l'est pas; ce que confirment la jurisprudence que j'ai citée et le désir de la profession juridique d'avoir des règles strictes de déontologie, comme le démontre l'adoption du Code canadien de déontologie professionnelle. Le critère de la probabilité de préjudice correspond essentiellement à la norme de preuve en matière civile. Nous nous en tenons aux probabilités, tel est le fondement de l'arrêt *Rakusen*. Force m'est cependant de conclure que le public, et même les avocats et les juges, ont jugé cette norme insuffisante. L'utilisation de renseignements confidentiels est habituellement impossible à prouver. Comme le fait remarquer le lord juge Fletcher Moulton dans l'arrêt *Rakusen*, [TRADUCTION] «ce n'est pas possible de le prouver» (p. 841). J'ajouterais: «ou de le réfuter». S'il en était autrement, le public se satisferait sans doute d'une preuve d'absence de préjudice. Mais comme c'est impossible à prouver, le critère

that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. That, in my opinion, is the overriding policy that applies and must inform the court in answering the question: Is there a disqualifying conflict of interest? In this regard, it must be stressed that this conclusion is predicated on the fact that the client does not consent to but is objecting to the retainer which gives rise to the alleged conflict.

Typically, these cases require two questions to be answered: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client?

In answering the first question, the court is confronted with a dilemma. In order to explore the matter in depth may require the very confidential information for which protection is sought to be revealed. This would have the effect of defeating the whole purpose of the application. American courts have solved this dilemma by means of the "substantial relationship" test. Once a "substantial relationship" is shown, there is an irrebuttable presumption that confidential information was imparted to the lawyer. In my opinion, this test is too rigid. There may be cases in which it is established beyond any reasonable doubt that no confidential information relevant to the current matter was disclosed. One example is where the applicant client admits on cross-examination that this is the case. This would not avail in the face of an irrebuttable presumption. In my opinion, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. This will be a difficult burden to discharge. Not only must the court's degree of satisfaction be such that it would withstand the scrutiny of the reasonably informed member of the public that no such information passed, but the burden must be discharged without revealing the

retenu doit tendre à convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels. Voilà, à mon sens, la ligne directrice primordiale que doit suivre la Cour en répondant à la question: sommes-nous en présence d'un conflit d'intérêts de nature à rendre l'avocat inhabile à agir? Il faut souligner à cet égard que cette conclusion suppose que le client n'a pas acquiescé, mais qu'il s'oppose au mandat qui est à l'origine du conflit présumé.

D'ordinaire, ce type d'affaire soulève deux questions: premièrement, l'avocat a-t-il appris des faits confidentiels, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, qui concernent l'objet du litige? Deuxièmement, y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client?

Pour répondre à la première question, la cour doit résoudre un dilemme. Il peut en effet être nécessaire, pour examiner à fond la question, de révéler les renseignements confidentiels que l'on cherche justement à protéger. La requête perdrait alors tout sens. Les tribunaux américains ont résolu ce dilemme en adoptant le critère du «lien important». L'établissement d'un «lien important» fait naître une présomption irréfragable selon laquelle l'avocat a appris des faits confidentiels. À mon avis, ce critère est trop rigide. Il peut arriver qu'il soit prouvé hors de tout doute raisonnable qu'aucun renseignement confidentiel pertinent en l'espèce n'a été divulgué; le requérant a pu, par exemple, reconnaître ce fait au cours de son contre-interrogatoire. Or, cette preuve serait inefficace au regard d'une présomption irréfragable. À mon avis, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. C'est un fardeau de preuve dont il aura bien de la difficulté à s'acquitter. Non seulement la Cour doit être convaincue, au point qu'un membre du public raisonnablement informé serait persuadé qu'aucun renseignement de cette nature n'a été transmis, mais encore la preuve doit être faite sans que soient révélés les détails de la

specifics of the privileged communication. Nonetheless, I am of the opinion that the door should not be shut completely on a solicitor who wishes to discharge this heavy burden.

The second question is whether the confidential information will be misused. A lawyer who has relevant confidential information cannot act against his client or former client. In such a case the disqualification is automatic. No assurances or undertakings not to use the information will avail. The lawyer cannot compartmentalize his or her mind so as to screen out what has been gleaned from the client and what was acquired elsewhere. Furthermore, there would be a danger that the lawyer would avoid use of information acquired legitimately because it might be perceived to have come from the client. This would prevent the lawyer from adequately representing the new client. Moreover, the former client would feel at a disadvantage. Questions put in cross-examination about personal matters, for example, would create the uneasy feeling that they had their genesis in the previous relationship.

The answer is less clear with respect to the partners or associates in the firm. Some courts have applied the concept of imputed knowledge. This assumes that the knowledge of one member of the firm is the knowledge of all. If one lawyer cannot act, no member of the firm can act. This is a rule that has been applied by some law firms as their particular brand of ethics. While this is commendable and is to be encouraged, it is, in my opinion, an assumption which is unrealistic in the era of the mega-firm. Furthermore, if the presumption that the knowledge of one is the knowledge of all is to be applied, it must be applied with respect to both the former firm and the firm which the moving lawyer joins. Thus there is a conflict with respect to every matter handled by the old firm that has a substantial relationship with any matter handled by the new firm irrespective of whether the moving lawyer had any involvement with it. This is the "overkill" which has drawn so much criticism in the United States to which I have referred above.

communication privilégiée. Néanmoins, je suis d'avis qu'il ne convient pas de priver de tout moyen d'action l'avocat qui veut s'acquitter de ce lourd fardeau.

a

Il s'agit en deuxième lieu de décider si un mauvais usage sera fait des renseignements confidentiels. Un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre son client ou son ancien client. Il sera automatiquement déclaré inhabile à agir. Peu importe qu'il donne l'assurance ou qu'il promette de ne pas utiliser les renseignements. L'avocat ne peut pas compartimenter son esprit de façon à trier les renseignements appris de son client et ceux obtenus d'autres sources. Au surplus, il risquerait de s'abstenir d'utiliser des renseignements obtenus licitement, par crainte de donner l'impression qu'ils proviennent du client. L'avocat serait ainsi empêché de bien représenter son nouveau client. Par surcroît, l'ancien client aurait le sentiment d'être désavantagé. Il ne pourrait s'empêcher de penser que les questions posées au cours du contre-interrogatoire au sujet de sa vie privée, par exemple, ont leur origine dans la relation antérieure.

La réponse est moins claire en ce qui concerne les associés. Certains tribunaux ont appliqué le concept de la connaissance présumée. Selon cette présomption, tous les membres du cabinet sont censés savoir ce que sait chacun d'eux. Si l'un de ceux-ci ne peut pas agir, aucun ne le peut. Certains cabinets s'en sont fait une ligne de conduite. Certes, l'initiative est louable et mérite d'être encouragée, mais c'est à mon sens une présomption irréaliste à l'ère des mégacabinets. De plus, si la présomption, selon laquelle lorsqu'un avocat est au courant, tous le sont, doit être appliquée, elle doit l'être à l'égard de l'ancien cabinet comme de celui auquel s'est joint l'avocat qui vient de changer de cabinet. Par conséquent, il y a un conflit relativement à chaque affaire traitée par l'ancien cabinet qui a un rapport important avec une affaire traitée par le nouveau cabinet, peu importe que l'avocat qui vient de changer s'en soit occupé ou non. C'est l'effet démesuré qui a entraîné tant de critiques aux États-Unis, que j'ai mentionnées précédemment.

Moreover, I am not convinced that a reasonable member of the public would necessarily conclude that confidences are likely to be disclosed in every case despite institutional efforts to prevent it. There is, however, a strong inference that lawyers who work together share confidences. In answering this question, the court should therefore draw the inference, unless satisfied on the basis of clear and convincing evidence, that all reasonable measures have been taken to ensure that no disclosure will occur by the "tainted" lawyer to the member or members of the firm who are engaged against the former client. Such reasonable measures would include institutional mechanisms such as Chinese Walls and cones of silence. These concepts are not familiar to Canadian courts and indeed do not seem to have been adopted by the governing bodies of the legal profession. It can be expected that the Canadian Bar Association, which took the lead in adopting a Code of Professional Conduct in 1974, will again take the lead to determine whether institutional devices are effective and develop standards for the use of institutional devices which will be uniform throughout Canada. Although I am not prepared to say that a court should never accept these devices as sufficient evidence of effective screening until the governing bodies have approved of them and adopted rules with respect to their operation, I would not foresee a court doing so except in exceptional circumstances. Thus, in the vast majority of cases, the courts are unlikely to accept the effectiveness of these devices until the profession, through its governing body, has studied the matter and determined whether there are institutional guarantees that will satisfy the need to maintain confidence in the integrity of the profession. In this regard, it must be borne in mind that the legal profession is a self-governing profession. The Legislature has entrusted to it and not to the court the responsibility of developing standards. The court's role is merely supervisory, and its jurisdiction extends to this aspect of ethics only in connection with legal proceedings. The governing bodies, however, are concerned with the application of conflict of interest standards not only in respect of litigation but in other fields which constitute the greater part of the practice of law. It would be wrong, therefore, to shut out the

En outre, je ne suis pas convaincu qu'un membre raisonnable du public conclurait nécessairement qu'il est probable que les renseignements confidentiels seront divulgués à tout coup en dépit des efforts concertés faits pour prévenir ce résultat. Pourtant, il y a fort à présumer que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels. Pour trancher cette question, le tribunal doit donc tirer les conséquences de cette présomption, sauf s'il est persuadé, par des preuves claires et convaincantes, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour veiller à ce que l'avocat en cause ne divulgue rien aux membres du cabinet qui agissent contre son ancien client. Parmi ces mesures raisonnables, on pourrait compter des mécanismes institutionnels comme les murailles de Chine et les cônes de silence. Ces concepts sont peu connus des tribunaux canadiens et même ne semblent pas avoir été adoptés par les organes directeurs de la profession. On peut s'attendre à ce que l'Association du barreau canadien qui a pris l'initiative par l'adoption en 1974 d'un Code de déontologie professionnelle, prenne encore l'initiative de déterminer si les dispositifs institutionnels sont efficaces et d'élaborer des normes en matière d'utilisation des dispositifs institutionnels qui seront uniformes au Canada. Bien que je ne soit pas prêt à dire qu'un tribunal ne devrait jamais considérer ces dispositifs comme la preuve d'une protection suffisante tant que les organes directeurs ne les auront pas approuvés et n'auront pas adopté des règles régissant leur fonctionnement, je ne puis envisager qu'un tribunal le fasse sauf dans des circonstances exceptionnelles. Par conséquent, dans la grande majorité des cas, il est improbable que les tribunaux admettent l'efficacité de ces dispositifs, tant que la profession, par l'entremise de son organe directeur, n'aura pas étudié la question et déterminé qu'il existe des garanties institutionnelles répondant à la nécessité de conserver la confiance dans l'intégrité de la profession. À cet égard, il convient de se rappeler que la profession d'avocat est une profession qui se régit elle-même. C'est à elle, et non aux tribunaux, que le législateur a confié la responsabilité d'élaborer des normes. Les tribunaux ont simplement un rôle de surveillance et leur compétence porte sur cet aspect de la déontologie uniquement en ce qui

governing body of a self-regulating profession from the whole of the practice by the imposition of an inflexible and immutable standard in the exercise of a supervisory jurisdiction over part of it.

A fortiori undertakings and conclusory statements in affidavits without more are not acceptable. These can be expected in every case of this kind that comes before the court. It is no more than the lawyer saying "trust me". This puts the court in the invidious position of deciding which lawyers are to be trusted and which are not. Furthermore, even if the courts found this acceptable, the public is not likely to be satisfied without some additional guarantees that confidential information will under no circumstances be used. In this regard I am in agreement with the statement of Posner J. in *Analytica, supra*, to which I have referred above, that affidavits of lawyers difficult to verify objectively will fail to assure the public.

These standards will, in my opinion, strike the appropriate balance among the three interests to which I have referred. In giving precedence to the preservation of the confidentiality of information imparted to a solicitor, the confidence of the public in the integrity of the profession and in the administration of justice will be maintained and strengthened. On the other hand, reflecting the interest of a member of the public in retaining counsel of her choice and the interest of the profession in permitting lawyers to move from one firm to another, the standards are sufficiently flexible to permit a solicitor to act against a former client provided that a reasonable member of the public who is in possession of the facts would conclude that no unauthorized disclosure of confidential information had occurred or would occur.

a trait aux procédures judiciaires. Toutefois, les organes directeurs se préoccupent de l'application des normes relatives aux conflits d'intérêts non seulement en ce qui concerne le contentieux mais dans d'autres domaines qui constituent la plus grande part de la pratique du droit. Par conséquent, il ne conviendrait pas de fermer l'ensemble de la pratique à l'organe directeur d'une profession autonome par l'imposition d'une norme inflexible et immuable dans l'exercice d'une compétence de surveillance à l'égard d'une partie de cette pratique.

A fortiori, les simples engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas acceptables. On peut s'attendre à les trouver dans toute affaire de cette nature qui est soumise aux tribunaux. Cela revient à une invitation de l'avocat à lui faire confiance. Le tribunal a alors la tâche ingrate de décider quels avocats sont dignes de confiance et lesquels ne le sont pas. De plus, même si les tribunaux estimaient que cette pratique est acceptable, il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés. À cet égard, j'approuve les propos du juge Posner dans la décision *Analytica*, précitée, selon qui les affidavits des avocats, qui sont difficiles à vérifier objectivement, ne rassureront pas le public.

Selon moi, ces normes établiront un juste équilibre entre les trois valeurs que j'ai mentionnées plus haut. Si l'on donne préséance au secret professionnel, on pourra préserver et augmenter la confiance du public dans l'intégrité de la profession et de l'administration de la justice. En revanche, parce qu'elles reconnaissent le droit du justiciable de retenir les services de l'avocat de son choix et l'intérêt de la profession à la mobilité, ces normes sont assez souples pour permettre à l'avocat d'agir contre un ancien client, à la condition qu'un membre raisonnable du public au courant des faits en arriverait à la conclusion qu'aucun renseignement confidentiel n'a été divulgué sans autorisation ni n'est susceptible de l'être.

Application to this Case

The answer to the first question in this case presents no problem. It is acknowledged that Kristin Dangerfield actively worked on the very case in respect of which her new firm is acting against her former client. She is therefore in possession of relevant confidential information.

With respect to the second question, there is nothing beyond the sworn statements of Sweatman and Dangerfield that no discussions of the case have occurred and undertaking that none will occur. In my opinion, while, as stated by the courts below, there is no reason not to accept the affidavits of apparently reputable counsel, this is not sufficient to demonstrate that all reasonable measures have been taken to rebut the strong inference of disclosure. Indeed, there is nothing in the affidavits to indicate that any independently verifiable steps were taken by the firm to implement any kind of screening. There is nothing to indicate that when Ms. Dangerfield joined the firm, instructions were issued that there were to be no communications directly or indirectly between Ms. Dangerfield and the four members of the firm working on the case. While these measures would not necessarily have been sufficient, I refer to them in order to illustrate the kinds of independently verifiable steps which, along with other measures, are indispensable if the firm intends to continue to act.

I would therefore allow the appeal with costs to the appellant both here and in the Court of Appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal of Manitoba and restore the judgment of Hanssen J.

The reasons of Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ. were delivered by

CORY J.—I have read with interest the reasons of my colleague, Justice Sopinka. Although I agree with his disposition of the appeal, I would impose a stricter duty upon lawyers than that which he proposes. He puts his position in this way, at p. 1260:

In my opinion, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently

Application à la présente espèce

La réponse à la première question ne pose aucun problème en l'espèce. De l'aveu de tous, Kristin Dangerfield a travaillé activement au dossier à l'égard duquel le nouveau cabinet qui l'emploie agit contre son ancien client. Elle a donc appris des faits confidentiels pertinents.

Quant à la seconde question, on ne dispose de rien de plus que les déclarations sous serment de Sweatman et Dangerfield selon lesquelles l'affaire n'a pas été discutée, et leur promesse qu'elle ne le sera pas. À mon avis, il n'y a certes aucune raison de ne pas accepter les affidavits d'avocats jouissant apparemment d'une bonne réputation, comme l'ont affirmé les tribunaux d'instance inférieure, mais cela ne démontre pas que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour réfuter la forte présomption de divulgation. En effet, les affidavits n'indiquent nullement que le cabinet ait pris des mesures vérifiables de façon indépendante pour mettre en œuvre quelque mécanisme de protection que ce soit. Rien n'indique qu'au moment où M^e Dangerfield est entrée dans le cabinet, des directives aient été données afin d'interdire toute communication directe ou indirecte entre elle et les quatre avocats qui s'occupaient du dossier. Certes, ces dispositions n'auraient pas nécessairement été suffisantes, mais je les cite, parmi d'autres, à titre de mesures vérifiables de manière indépendante qui sont indispensables si le cabinet entend continuer d'agir.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, le tout avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du juge Hanssen.

Version française des motifs des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory rendus par

LE JUGE CORY—J'ai lu avec intérêt les motifs de mon collègue, le juge Sopinka. Quoique je souscrive au dispositif, je ferais aux avocats une obligation plus rigoureuse que celle qu'il préconise. Voici ce qu'il propose, à la p. 1260:

À mon avis, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on

related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant.

He observes that it will be difficult for a solicitor to meet that onus. He states that the position, taken by some courts, that if one lawyer in the firm cannot act, then no member of the law firm can act, is unreasonable in this era of mega-firms and mergers. Thus, he reasons that it should be open for a solicitor to show "that no information was imparted which could be relevant".

With respect, I disagree. Neither the merger of law firms nor the mobility of lawyers can be permitted to affect adversely the public's confidence in the judicial system. At this time, when the work of the courts is having a very significant impact upon the lives and affairs of all Canadians, it is fundamentally important that justice not only be done, but appear to be done in the eyes of the public.

My colleague stated that this appeal called for the balancing of three competing values, namely: the maintenance and integrity of our system of justice; the right of litigants not to be lightly deprived of their chosen counsel; and the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession.

Of these factors, the most important and compelling is the preservation of the integrity of our system of justice. The necessity of selecting new counsel will certainly be inconvenient, unsettling and worrisome to clients. Reasonable mobility may well be important to lawyers. However, the integrity of the judicial system is of such fundamental importance to our country and, indeed, to all free and democratic societies that it must be the predominant consideration in any balancing of these three factors.

Lawyers are an integral and vitally important part of our system of justice. It is they who prepare and put their clients' cases before courts and tri-

veut priver l'avocat est suffisante, la Cour doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc la Cour qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué.

a

Il fait observer que l'avocat aura de la difficulté à s'acquitter de ce fardeau. D'après lui, le point de vue de certains tribunaux—si l'un des membres d'un cabinet ne peut pas agir, aucun ne le peut—est déraisonnable à l'ère des mégacabinets et des fusions. Voilà pourquoi il estime que l'avocat devrait avoir la possibilité de montrer qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué.

c

En toute déférence, je suis en désaccord. Nous ne saurions permettre que la fusion de cabinets d'avocats, ou la mobilité au sein de la profession, viennent entamer la confiance du public dans le système judiciaire. À l'époque actuelle, le travail des tribunaux a des répercussions très importantes sur la vie et les activités de tous les Canadiens. Il est donc fondamentalement important qu'aux yeux du public, la justice soit non seulement rendue, mais qu'il soit évident qu'elle est rendue.

e

Mon collègue a affirmé que, pour statuer sur ce pourvoi, il fallait sopeser trois valeurs distinctes: la préservation de notre système judiciaire et de son intégrité; le droit des justiciables de ne pas être privés sans raison valable de la faculté de choisir leur avocat; la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession d'avocat.

g

Le plus important de ces facteurs, le plus impérieux, est la préservation de l'intégrité de notre système judiciaire. La nécessité de choisir un autre avocat causera certainement des inconvénients au client, et entraînera des problèmes et des soucis. Les avocats jugeront peut-être importante la mobilité professionnelle. Mais l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale pour le pays, et en fait pour toutes les sociétés libres et démocratiques, qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif quand il s'agit de déterminer le poids relatif de ces trois valeurs.

j

Les avocats font partie intégrante de notre système judiciaire et y jouent un rôle absolument indispensable. C'est à eux qu'il incombe de prépa-

bnals. In preparing for the hearing of a contentious matter, a client will often be required to reveal to the lawyer retained highly confidential information. The client's most secret devices and desires, the client's most frightening fears will often, of necessity, be revealed. The client must be secure in the knowledge that the lawyer will neither disclose nor take advantage of these revelations.

Our judicial system could not operate if this were not the case. It cannot function properly if doubt or suspicion exists in the mind of the public that the confidential information disclosed by a client to a lawyer might be revealed.

There can be no question that such a doubt would certainly be instilled if the public were to gather the perception that lawyers, by their actions, such as changing firms, create situations where the possibility of a conflict of interest exists.

Imagine a situation where a client involved in a contentious matter has divulged confidential information to a lawyer. If that lawyer practised with one partner, it would be perceived by the public as unfair and completely unacceptable if the partner were to act for the client's adversary. Similarly, if the lawyer moved to another firm which had been retained by those in opposition to the client, the most reasonable and fair-minded member of the public would find it intolerable for that firm to continue to act for those who opposed the client. In both situations the perception of unfairness would arise from the ease with which confidential information received from clients could be privately communicated between lawyers who are working together in the same firm.

Fortunately, partners rarely attempt to act for clients on both sides of a lawsuit. However, the problem more frequently arises when a lawyer, who has received confidential information, joins a firm that is acting for those opposing the interests of the former client. In such a situation there should be an irrebuttable presumption that lawyers who work together share each other's confidences with the result that a knowledge of confidential matters is imputed to other members of the firm.

rer et de défendre les causes de leurs clients devant les tribunaux. En vue de l'audition d'une question litigieuse, le client doit souvent confier des renseignements confidentiels à l'avocat qu'il a mandaté. Il doit souvent, par nécessité, dévoiler à son avocat ses plans et ses désirs les plus secrets, ses craintes les plus vives. Le client doit avoir la certitude que l'avocat ne révélera pas ses confidences ni n'en tirera profit.

Sans cela, notre système judiciaire serait incapable de fonctionner. Si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être, le système ne peut pas fonctionner normalement.

Incontestablement, un tel doute naîtrait sûrement dans l'esprit du public s'il avait l'impression que les avocats se mettent dans une situation susceptible de donner lieu à un conflit d'intérêts, notamment en changeant de cabinet.

Prenons l'hypothèse où un client mêlé à une affaire litigieuse aurait confié des renseignements confidentiels à un avocat. Si cet avocat exerçait avec un associé, le public jugerait déloyal et tout à fait inacceptable que l'associé puisse occuper pour l'adversaire du client. De même, si cet avocat se joignait à un cabinet que l'adversaire du client a mandaté au sujet de la même affaire, même le membre du public le plus raisonnable et le plus juste trouverait intolérable que ce cabinet occupe pour ceux dont les intérêts sont opposés à ceux de ce client. Dans les deux situations, une impression de déloyauté ressortirait de la facilité avec laquelle des avocats travaillant ensemble dans le même cabinet pourraient s'échanger des renseignements confidentiels confiés par des clients.

Heureusement, il est rare que des associés tentent d'occuper pour des clients qui s'affrontent dans un même procès. Le problème se pose toutefois plus fréquemment lorsqu'un avocat, qui a recueilli des renseignements confidentiels, se joint à un cabinet qui occupe pour ceux qui sont en opposition d'intérêts avec l'ancien client. Dans une telle situation, il doit être irréfragablement présumé que les avocats qui travaillent ensemble partagent des renseignements confidentiels, de sorte

This presumption must apply to the members of the new firm the lawyer joins if public confidence in the administration of justice is to be maintained.

Indeed, this seems to be the purport of the Canadian Bar Association Code of Professional Conduct quoted by my colleague. The chapter entitled "Impartiality and Conflict of Interest" contains the following significant commentaries:

11. A lawyer who has acted for a client in a matter should not thereafter act against him (or against persons who were involved in or associated with him in that matter) in the same or any related matter, or place himself in a position where he might be tempted or appear to be tempted to breach the Rule relating to Confidential Information. It is not, however, improper for the lawyer to act against a former client in a fresh and independent matter wholly unrelated to any work he has previously done for that person.

12. For the sake of clarity the foregoing paragraphs are expressed in terms of the individual lawyer and his client. However it will be appreciated that the term "client" includes a client of the law firm of which the lawyer is a partner or associate whether or not he handles the client's work. [Emphasis added.]

It is contended that it is too demanding to hold that the knowledge of one member of a law firm constitutes knowledge of all members of the firm in situations where there has been a merger of large firms or a lawyer has joined a "mega-firm". I cannot agree. It is the appearance of fairness in the eyes of the public that is fundamentally important. No matter how large the mega-firm, there will be innumerable occasions when a lawyer with a possible conflict of interest will be meeting with those lawyers in the firm who are in opposition to that lawyer's former client. Whether at partners' meetings or committee meetings, at lunches or the office golf tournament, in the boardroom or the washroom, the lawyer of the former client will be meeting with and talking to those who are on the other side of the client's case. To those who are not members of the legal profession, it must appear that the opportunities for private discussion are so numerous that the disclosure of confidential information, even if completely inadvertent, would be

que tous les membres du cabinet sont présumés connaître les renseignements confidentiels appris par l'un d'eux. Cette présomption doit viser les membres du nouveau cabinet dans lequel entre l'avocat si l'on veut préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

Tel semble bien être d'ailleurs ce qu'avait en vue le Code de déontologie professionnelle de l'Association du Barreau canadien cité par mon collègue. Le chapitre intitulé «L'impartialité et les conflits d'intérêts» contient ces commentaires significatifs:

11. L'avocat qui a agi pour un client ne doit pas, normalement, agir ultérieurement contre lui (ou contre des personnes qui s'étaient engagées ou associées avec le client) dans la même affaire ou une affaire connexe, ou se placer dans une position telle qu'il pourrait être tenté de violer le secret professionnel. Mais il est parfaitement licite pour un avocat d'agir contre un ancien client dans une affaire totalement nouvelle, sans aucun rapport avec les services qu'il aurait pu rendre antérieurement à cette personne.

12. Pour plus de clarté, les paragraphes ci-dessus parlent de l'avocat pris individuellement et de son client. Mais on conçoit que le terme «client» doive s'entendre aussi d'un client du cabinet dont fait partie l'avocat à un titre ou à un autre, qu'il soit personnellement appelé ou non à représenter ce client. [Je souligne.]

L'on soutient qu'il est excessif de présumer que, lorsqu'il y a eu fusion de grands cabinets ou quand un avocat s'est joint à un «mégacabinet», tous les membres du cabinet sont au courant de ce qu'a appris chacun d'eux. Je ne saurais accepter cet argument. Ce qui est fondamentalement important, c'est l'apparence de loyauté aux yeux du public. Peu importe la taille du cabinet, l'avocat susceptible de se trouver en situation de conflit d'intérêts aura à d'innombrables reprises l'occasion de rencontrer les membres du cabinet qui se sont chargés des intérêts de son ancien client. Que ce soit aux réunions d'associés ou de comités, aux déjeuners ou au tournoi de golf du bureau, dans la salle du conseil ou aux toilettes, l'avocat qui avait été mandaté par l'ex-client rencontrera ceux qui représentent l'adversaire de ce client, et il conversera avec eux. Aux profanes, il doit sembler que les occasions de discussions privées sont tellement nombreuses que la divulgation de renseignements confidentiels, même par étourderie, est inévitable.

inevitable. Nor is it likely that disclosures of confidential information will ever be discovered. Further, if a lawyer even inadvertently discloses those weaknesses of the client that have been divulged to him or her, this may be sufficient to give the client's opponents an unfair advantage. This, I think, would be the inevitable conclusion of reasonable people.

That same conclusion would be drawn by the public no matter what form of restrictions were sought to be imposed on individual lawyers and law firms involved. No matter how carefully the Chinese Wall might be constructed, it could be breached without anyone but the lawyers involved knowing of that breach. Law has, after all, the historical precedent of Genghis Khan who, by subterfuge, breached the Great Wall of China, the greatest of Chinese walls. Nor would any system of cones of silence change the public's perception of unfairness. They do not change the reality that lawyers in the same firm meet frequently nor do they reduce the opportunities for the private exchange of confidential information. The public would, quite properly, remain skeptical of the efficacy of the most sophisticated protective scheme.

I am in complete agreement with the reasons of Posner J. expressed in *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), at p. 1269, as quoted by my colleague, which I repeat here for ease of reference:

The "substantial relationship" test has its problems, but conducting a factual inquiry in every case into whether confidences had actually been revealed would not be a satisfactory alternative, particularly in a case such as this where the issue is not just whether they have been revealed but also whether they will be revealed during a pending litigation. Apart from the difficulty of taking evidence on the question without compromising the confidences themselves, the only witnesses would be the very lawyers whose firm was sought to be disqualified (unlike a case where the issue is what confidences a lawyer received while at a former law firm), and their interest not only in retaining a client but in denying a serious breach of professional ethics might outweigh any felt obligation to "come clean." While "appearance or impropriety" as a principle of professional ethics invites and maybe has undergone uncritical expansion because of its vague and open-ended character, in this case it has

Et il est peu probable que l'on sache jamais que des renseignements confidentiels ont été révélés. Au surplus, si un avocat divulgue même par inadvertance les points faibles de la position du client qu'il a ainsi appris, cela peut être suffisant pour donner à ses adversaires un avantage indu. C'est à mon sens la conclusion que tirerait inévitablement une personne raisonnable.

Le public tirerait la même conclusion, peu importe les limites que l'on aurait cherché à imposer aux avocats et aux cabinets en cause. Quelque soin que l'on ait apporté à la construction d'une muraille de Chine, on pourrait y faire une brèche sans que personne le sache, hormis les avocats en cause. Après tout, le droit dispose du précédent historique de Gengis Khan franchissant, grâce à un subterfuge, la Grande Muraille de Chine, la plus grande des fortifications chinoises. Un système quelconque de cônes de silence ne changerait rien non plus à l'impression de déloyauté qu'aurait le public. La réalité est incontournable: les avocats au sein d'un cabinet se rencontrent souvent et ils ont fréquemment la possibilité d'échanger des renseignements confidentiels. Le public resterait sceptique, à juste titre, sur l'efficacité du mécanisme de protection le plus perfectionné.

Je souscris sans réserve aux motifs du juge Posner, dans l'affaire *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), à la p. 1269, que cite mon collègue, et que je reprends pour plus de commodité:

[TRADUCTION] Le critère du «lien important» pose des problèmes, mais faire un examen des faits dans chaque affaire afin de vérifier si des renseignements confidentiels ont été divulgués ne serait pas une solution satisfaisante non plus, surtout si, comme en l'espèce, il ne s'agit pas seulement de décider s'ils ont été divulgués, mais aussi s'ils le seront au cours d'un litige en instance. Mis à part la difficulté de recueillir des témoignages sur cette question sans risquer de révéler les renseignements, les seuls témoins seraient les avocats qu'on cherche à faire déclarer inhabiles (ce qui serait différent si la question était de savoir quels faits confidentiels un avocat a appris pendant qu'il faisait partie de son ancien cabinet), et leur intérêt non seulement à garder un client, mais encore à nier un grave manquement à la déontologie, pourrait l'emporter sur l'obligation de dire toute la vérité. Certes, on est invité et peut-être a-t-on été porté à donner une extension inconsidérée à la règle

meaning and weight. For a law firm to represent one client today, and the client's adversary tomorrow in a closely related matter, creates an unsavory appearance of conflict of interest that is difficult to dispel in the eyes of the lay public—or for that matter the bench and bar—by the filing of affidavits, difficult to verify objectively, denying that improper communication has taken place or will take place between the lawyers in the firm handling the two sides. [Emphasis added.]

Let us consider again the two factors which are said to be the competing values to be weighed against the maintenance of the integrity of our system of justice. One of these was the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. Yet, no matter how strong may be the current rage for mergers or how desirous the mega-firms may be to acquire additional lawyers, neither the large firms nor the lawyers who wish to join them or amalgamate with them should dictate the course of legal ethics. The latest available statistics (as of May 1990) from the Law Society of Upper Canada for the province of Ontario, where the greatest concentration of large law firms might be expected, demonstrate that lawyers in large firms do not comprise the majority of lawyers in that province. These statistics show the following:

Size of Firm	No. of Lawyers in Firms of this Size	% of Lawyers in Firms of this Size
ALL OF ONTARIO		
1-10	9562	64.3%
11-75	2955	19.9%
75+	2348	15.8%
	14865	
ONTARIO EXCLUDING METROPOLITAN TORONTO		
1-10	5871	82.7%
11-75	1135	16.0%
75+	95	1.3%
	7101	

This indicates that, although the large firms may be the movers and shakers on Bay Street, they do

professionnelle touchant «le manquement apparent à la déontologie», à cause de son caractère vague et de sa flexibilité, mais en l'occurrence elle a un sens et du poids. Si un cabinet d'avocats représente un client un jour, puis l'adversaire de ce client le lendemain dans une affaire étroitement connexe, il en résulte selon toute apparence un conflit d'intérêts; or, cette apparence, très déplaisante, est difficile à dissiper aux yeux du public profane—et d'ailleurs à ceux des magistrats et des avocats—par le dépôt d'affidavits, difficiles à vérifier objectivement, dans lesquels les avocats des deux cabinets occupant pour les parties nieraient qu'ils se sont communiqué ou qu'ils se communiqueront des renseignements d'une manière contraire à la déontologie. [Je souligne.]

Reprenons les deux facteurs qui seraient des valeurs qu'il faut apprécier au regard de la préservation de l'intégrité de notre système judiciaire. L'un de ceux-ci est la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. Pourtant, si forte que soit la vogue des fusions ou la volonté des mégacabinets de recruter de nouveaux membres, ni les grands cabinets ni les avocats qui souhaitent s'y joindre, à l'occasion d'une fusion ou autrement, ne doivent orienter la déontologie de la profession. D'après les statistiques les plus récentes de la Société du barreau du Haut-Canada concernant l'Ontario, province où est susceptible de se trouver la plus forte concentration de grands cabinets, en mai 1990, les avocats faisant partie de grands cabinets ne forment pas la majorité des avocats de la province. Voici ces chiffres:

Taille du cabinet	Nombre d'avocats dans les cabinets de cette taille	% des avocats dans les cabinets de cette taille
ONTARIO AU COMPLET		
1-10	9562	64,3 %
11-75	2955	19,9 %
75+	2348	15,8 %
	14865	
ONTARIO (SANS L'AGGLOMÉRATION TORONTOISE)		
1-10	5871	82,7 %
11-75	1135	16,0 %
75+	95	1,3 %
	7101	

Ces statistiques indiquent que, si les grands cabinets font peut-être la pluie et le beau temps à Bay

not represent the majority of lawyers soldiering on in the cause of justice.

The judicial system and the confidence of the public in its operation are too important to be put at risk by any appearance of unfairness. Unfortunately, no matter how scrupulously ethical an individual lawyer or firm may be, the appearance of unfairness will always be present when, as in this case, one or more lawyers who had a substantial relationship with a client become members of a firm acting for an opposing party. The opportunities for disclosure, even of an inadvertent nature, are too frequent and the possibility of discovering such disclosures too minimal to permit anything less than the irrebuttable presumption that the knowledge of one member of a law firm constitutes the knowledge of all of the lawyers in that firm. Only such a test will ensure the public's confidence in the administration of justice.

This conclusion should not be taken as an impediment to the mobility of lawyers, the merger of law firms or the growth of very large firms; rather, it is a recognition of a professional responsibility owed by lawyers to the litigation process so that the process may retain the respect of the public. It is a small price to pay for mobility of lawyers, mergers of law firms and the increasing size of law firms. It is no more than the fulfilment of a duty owed by members of the legal profession to the public to preserve the integrity of, and public confidence in, the judicial system.

The other factor to be weighed against maintaining the integrity of the justice system was that litigants ought not to be lightly deprived of their chosen counsel. It seems to me that to give undue weight to this factor would unduly benefit the large corporate clients who are said by my colleague to be the *raison d'être* of the larger firms. It is they who would retain counsel of their choice and primarily benefit from a change in the irrebuttable presumption of shared knowledge. I can see no reason for extending any special benefit or privilege to such clients of large firms. They, like

Street, ils ne constituent toutefois pas la majorité des avocats qui servent la cause de la justice.

Le système judiciaire et la confiance du public dans son fonctionnement sont trop importants pour qu'il soit permis de les compromettre par la moindre apparence de déloyauté. Malheureusement, peu importe le respect scrupuleux de la déontologie dont feront preuve l'avocat ou le cabinet, il y aura apparence de déloyauté chaque fois que, comme en l'espèce, un ou plusieurs avocats qui ont eu un lien important avec un client entreront dans un cabinet qui occupe pour la partie adverse. Les occasions de violation du secret, même par inadvertance, sont trop nombreuses et la possibilité de découvrir cette divulgation trop faible pour justifier autre chose qu'une présomption irréfragable, selon laquelle tous les membres du cabinet sont censés connaître les renseignements. Si l'on veut s'assurer la confiance du public dans l'administration de la justice, c'est le seul critère qu'il faut retenir.

Cette conclusion ne doit pas être considérée comme un obstacle à la mobilité professionnelle, à la fusion des cabinets d'avocats ou à l'expansion des très grands cabinets; elle tend plutôt à reconnaître la responsabilité des avocats à l'égard du processus judiciaire et du maintien du respect qu'a le public pour ce processus. C'est consentir un bien petit sacrifice au regard de la mobilité au sein de la profession, de la fusion des cabinets ou de l'augmentation de leur taille. Pour ceux qui exercent la profession d'avocat, c'est tout au plus l'accomplissement d'un devoir envers le public que de préserver l'intégrité du système judiciaire et la confiance du public dans celui-ci.

L'autre facteur à soulever avec le maintien de l'intégrité du système judiciaire est le droit des justiciables de ne pas être privés sans raison valable de leur droit de choisir leur avocat. Il me semble qu'en attribuant un poids excessif à ce facteur, on accorde un avantage indu aux grandes sociétés qui, selon mon collègue, sont la raison d'être des grands cabinets d'avocats. Ce sont ces clients-là qui retiendraient les services d'un avocat de leur choix et qui profiteraient au premier chef de la modification de la présomption irréfragable de partage de renseignements. Je ne vois aucune

any client who must seek new counsel, will suffer from inconvenience, loss of time and the inevitable worry and concern over such a change. However, the legal profession has many able counsel. The requirement of change imposed on a client is, on balance, a small price to pay for maintaining the integrity of our system of justice.

Conclusion

Where a lawyer who has had a substantial involvement with a client in an ongoing contentious matter joins another law firm which is acting for an opposing party, there is an irrebuttable presumption that the knowledge of such lawyer, including confidential information disclosed to him or her by the former client, has become the knowledge of the new firm. Such an irrebuttable presumption is essential to preserve public confidence in the administration of justice.

Potential conflict of interest is undoubtedly a factor which has to be taken into account when firms consider bringing in new lawyers or merging with other firms. However, the conflict of interest situations can be easily ascertained (a task readily accomplished with the use of computers) and a price fixed for the value of the files that will have to be turned over to other firms in order to avoid any appearance of conflict of interest. Such a procedure certainly does not impose an impossibly difficult burden on firms considering a merger; rather, it imposes a review that will lead to the cost assessment of the advantages and disadvantages of the merger.

It must be left for another occasion, when argument has been directed to the issue, to determine whether a lawyer, who has not personally been involved in any way with the client on the matter in issue and who moves to a firm acting for the opponent to the client, should also be irrebuttablely presumed to have received and imparted confidential information to his new firm.

In the result, I reach the same conclusion as my colleague. I would allow the appeal with costs to the appellant here and in the Court of Appeal, set

raison d'accorder un avantage ou un privilège particulier à ces clients des grands cabinets. Comme tout client qui doit choisir un nouvel avocat, ils auront à supporter l'inconvénient, la perte de temps et l'inquiétude et les soucis inévitables qu'occasionne un tel changement. La profession compte cependant un grand nombre d'avocats de talent. Tout bien pesé, obliger les clients à changer d'avocat, c'est consentir un bien petit sacrifice pour assurer l'intégrité de notre système judiciaire.

Conclusion

Quand un avocat, qui s'est engagé substantiellement auprès d'un client dans une affaire contentieuse en cours, se joint à un autre cabinet qui occupe pour une partie adverse, il existe une présomption irréfragable que ce qui est connu de cet avocat, y compris les renseignements confidentiels que lui a confiés l'ancien client, est désormais connu du nouveau cabinet. Une telle présomption irréfragable est essentielle pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

Les conflits potentiels d'intérêts constituent un facteur que les cabinets qui envisagent de recruter de nouveaux avocats ou de fusionner, doivent sans aucun doute prendre en considération. Toutefois, il est facile de détecter les situations de conflit d'intérêts (tâche facilitée par l'informatique) et d'évaluer les dossiers qui devront être cédés à d'autres cabinets afin d'éviter les conflits d'intérêts apparents. Cette façon de procéder n'impose certainement pas un fardeau d'une difficulté insurmontable aux cabinets qui prévoient de fusionner; elle implique plutôt une étude qui mènera à une analyse coûts-avantages de la fusion.

Il faudra attendre une autre occasion, où la question aura été plaidée, pour décider si un avocat, qui n'a en aucune façon œuvré personnellement pour le client dans l'affaire en cause et qui entre dans un cabinet occupant pour l'adversaire du client, devrait également être irréfragablement présumé avoir recueilli des renseignements confidentiels et en avoir fait part à son nouveau cabinet.

Quant au résultat, je souscris à la conclusion tirée par mon collègue. Je suis d'avis d'accueillir l'appel, le tout avec dépens en notre Cour et en

aside the judgment of the Court of Appeal of Manitoba and restore the judgment of Hanssen J.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Cour d'appel, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir le jugement du juge Hanssen.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appellant: Pitblado & Hoskin, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

John Joseph Blair Horn Whitbread
Appellant

v.

**Robert Norman Walley, Robert Greenwood
and John A. N. Horn** *Respondents*

and

**The Attorney General of Canada, the
Attorney General for Ontario, the Attorney
General of Quebec and the Attorney General
of British Columbia** *Interveners*

INDEXED AS: WHITBREAD v. WALLEY

File No.: 21094.

1990: May 24; 1990: December 20.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Canadian maritime law — Torts — Injury resulting from pleasure craft striking rocks — Accident occurring in tidal waters — Scope of federal power over navigation and shipping — Constitution Act, 1867, s. 91(10).

Maritime law — Scope — Torts — Injury resulting from pleasure craft striking rocks — Accident occurring in tidal waters — Whether limitations as to liability under Canada Shipping Act applicable — Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647, 649.

Appellant Whitbread sailed the *Calrossie*, a 32-foot pleasure craft owned by the respondents Greenwood and Horn and registered as a "ship" under the *Canada Shipping Act*, from Coal Harbour, which is located in Vancouver Harbour, to Indian Arm, a body of water north of Vancouver. On the way, Whitbread asked the respondent Walley to take over the helm, moved to a seat away from the controls and fell asleep. While Walley was still at the controls, the *Calrossie* struck rocks in Indian Arm. Whitbread suffered spinal injuries that resulted in quadriplegia. He sued Walley and the

* Chief Justice at the time of hearing.

** Chief Justice at the time of judgment.

John Joseph Blair Horn Whitbread *Appellant*

c.

^a **Robert Norman Walley, Robert Greenwood et
John A. N. Horn** *Intimés*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur
général de l'Ontario, le procureur général du
Québec et le procureur général de la
Colombie-Britannique** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: WHITBREAD c. WALLEY

N° du greffe: 21094.

1990: 24 mai; 1990: 20 décembre.

^d Présents: Le juge en chef Dickson*, le juge en chef
Lamer** et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé,
Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE

^e *Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit maritime canadien — Responsabilité délictuelle — Blessures résultant de la collision d'un bateau de plaisance avec des rochers — Accident survenu dans des eaux de marée — Étendue de la compétence fédérale sur la navigation et les expéditions par eau — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).*

^f *Droit maritime — Étendue — Responsabilité délictuelle — Blessures résultant de la collision d'un bateau de plaisance avec des rochers — Accident survenu dans des eaux de marée — Applicabilité des limitations de responsabilité prévues dans la Loi sur la marine marchande du Canada — Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647, 649.*

^g L'appelant Whitbread conduisait le *Calrossie*, un bateau de plaisance de 32 pieds appartenant aux intimés Greenwood et Horn et enregistré comme «navire» aux termes de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, à partir de Coal Harbour situé dans le Vancouver Harbour, vers le bras Indian au nord de Vancouver. En cours de route, Whitbread a demandé à l'intimé Walley de tenir la barre, il s'est ensuite assis à l'écart et s'est endormi. Alors que Walley dirigeait le *Calrossie*, le bateau a heurté un écueil dans le bras Indian. Whitbread a subi des blessures à la colonne vertébrale qui

* Juge en chef à la date de l'audition.

** Juge en chef à la date du jugement.

other respondents in tort. In defence, Walley denied negligence, pleaded contributory negligence, and applied for a declaration that he was entitled to limit his liability under ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act*. This application came before MacKinnon J., sitting in chambers, who ruled that ss. 647 and 649 did not, as a matter of statutory interpretation, apply to persons engaged in the operation of pleasure crafts. The British Columbia Court of Appeal reversed this decision. At issue here was whether these limitation provisions were beyond the powers of Parliament as set out in ss. 91(10) and 92(13) of the *Constitution Act, 1867*.

Held: The appeal should be dismissed.

Tortious liability in a maritime context is governed by a body of maritime law which lies within the exclusive legislative jurisdiction of Parliament. Sections 647 and 649 of the *Canada Shipping Act* are in pith and substance legislation in respect to Canadian maritime law as recognized by this Court and are accordingly *intra vires* Parliament. This conclusion was in no way dependent on any application of the double aspect or necessarily incidental doctrines.

Canadian maritime law extended to torts committed not only on the high seas or national waters but also to waters within the ebb and flow of the tide. The waters where the *Calrossie* struck the rocks were presumably tidal and therefore respondent's tortious liability, if any, arose within the territorial domain of Canadian maritime law and the legislative jurisdiction of Parliament.

Parliament's jurisdiction over maritime law is territorially co-extensive with its jurisdiction in respect of navigable waterways. It has been established that maritime law extends to torts committed in the course of land-based activities that are sufficiently connected with navigation or shipping. It must also extend to the activities of those who directly engage in the activity of navigation on Canada's inland waterways. The respondents' liability therefore would be a matter of federal, not provincial, law even if the accident had occurred in non-tidal water.

Parliament's jurisdiction over shipping and navigation under s. 91(10) has been broadly interpreted. It includes the legal principles applied by the Courts of Admiralty in respect to matters that arose within the territorial

l'ont rendu quadriplégique. Il a intenté une poursuite en responsabilité délictuelle contre Walley et les autres intimés. En défense, Walley a nié qu'il y ait eu négligence, a plaidé la négligence contributive et demandé un jugement qui déclarerait qu'il est fondé à limiter sa responsabilité en vertu des art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*. Cette demande a été entendue par le juge MacKinnon en chambre. Celui-ci a décidé que les art. 647 et 649, ne s'appliquaient pas, par interprétation des lois, aux personnes qui conduisent des bateaux de plaisance. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision. Il s'agit ici de savoir si ces dispositions portant limitation de la responsabilité excèdent les pouvoirs du Parlement énoncés aux par. 91(10) et 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La responsabilité délictuelle dans le domaine maritime est régie par un ensemble de règles de droit maritime relevant de la compétence exclusive du Parlement. Les articles 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* sont de par leur caractère véritable des dispositions législatives relatives au droit maritime canadien reconnu par notre Cour et relèvent par conséquent du pouvoir du Parlement. Cette conclusion ne dépend aucunement de l'application des doctrines du double aspect ou du caractère nécessairement accessoire.

Le droit maritime canadien s'applique aux délits civils commis non seulement en haute mer ou dans les eaux nationales, mais aussi à l'intérieur de l'aire de flux et de reflux. On peut supposer que les eaux où le *Calrossie* a heurté un écueil sont des eaux de marée; la responsabilité délictuelle de l'intimé, si responsabilité il y a, relève donc du domaine territorial du droit maritime canadien et de la compétence législative du Parlement.

La compétence du Parlement en matière de droit maritime coïncide sur le plan territorial avec sa compétence à l'égard des voies navigables. Il a été établi que le droit maritime s'applique aux délits civils commis au cours d'activités qui ont lieu à terre et sont suffisamment liées à la navigation ou aux expéditions par eau. Il doit sûrement s'étendre aux activités de ceux qui se livrent directement à la navigation en empruntant les voies intérieures du Canada. La responsabilité des intimés serait donc une question de droit fédéral, et non provincial, même si l'accident était survenu dans des eaux sans marée.

La compétence du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau prévue au par. 91(10) a été interprétée de façon libérale. Elle comprend les principes juridiques appliqués par les cours d'amirauté à l'égard des

limits of its jurisdiction and those principles which the ordinary courts of common law applied to matters of a maritime nature in non-tidal waters. The view that all tortious liability (and other forms of liability that fall within the ambit of Canadian maritime law) that arises as a result of the use of navigable waterways falls within the scope of federal maritime law is also consistent with this Court's decision in *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206.

The nature of navigation and shipping activities as they are practised in Canada makes a uniform maritime law which encompasses navigable inland waterways a practical necessity. Much of the navigational and shipping activity on Canada's inland waterways is closely connected with that which takes place within the traditional geographic sphere of maritime law. Much of maritime law is the product of international conventions and the legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping should not arbitrarily change as their vessels cross the point at which the water becomes or ceases to be tidal. Such a geographic divide is completely meaningless from a division of powers perspective for it does not indicate any fundamental change in the use to which a waterway is put. In this country, both tidal waters and inland navigable waterways are part of the same navigational network and should be subject to a uniform legal regime.

The need for legal uniformity is particularly pressing in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation. The existence and extent of such liability falls to be determined according to a standard of "good seamanship" which is in turn assessed by reference to navigational "collision regulations". The federal government, which is empowered to enact and amend these regulations, must also have jurisdiction in respect of the tortious liability to which they are so closely related. No challenge has been made to Parliament's power to enact collision regulations or to their application to vessels on inland waterways. The tortious liability of the owners and operators of these vessels therefore should be regarded as a matter of maritime law that comes within the ambit of Parliament's jurisdiction in respect of navigation and shipping.

Parliament's power to limit the liability of owners or operators of vessels is not limited to those engaged in

différents relevant de sa compétence territoriale et les principes que les tribunaux ordinaires de common law suivaient dans les litiges de nature maritime ayant pris naissance dans des eaux sans marée. Le point de vue voulant que toute responsabilité délictuelle (et toute autre forme de responsabilité ressortissant au droit maritime canadien) fondée sur l'utilisation de voies navigables relève du droit maritime fédéral est compatible avec l'arrêt de notre Cour *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206.

La nature des activités de navigation et d'expéditions par eau exercées au Canada rend nécessaire, sur le plan pratique, des règles de droit maritime uniformes s'appliquant aux voies navigables intérieures. La plupart des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau ayant lieu sur les voies navigables intérieures du Canada sont étroitement liées avec celles qui sont exercées dans la sphère géographique traditionnelle du droit maritime. Bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales et les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau ne devraient pas changer de façon arbitraire au moment où leurs navires arrivent à l'endroit où l'eau cesse ou commence d'être soumise à la marée. Une telle division géographique est complètement dénuée de sens sur le plan de la répartition des compétences, car elle ne traduit aucun changement fondamental dans l'utilisation d'une voie d'eau. Au Canada, les eaux de marée et les voies navigables intérieures font partie du même réseau de navigation et devraient être assujetties à un régime juridique uniforme.

La nécessité d'une uniformité juridique est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation. L'existence et l'étendue d'une telle responsabilité doivent être déterminées selon les «règles d'une bonne navigation» lesquelles, à leur tour, sont jugées par renvoi au «règlement sur les abordages». Le gouvernement fédéral, qui est habilité à édicter et à modifier ce règlement, doit aussi être compétent à l'égard de la responsabilité délictuelle à laquelle il est si intimement lié. On n'a pas contesté le pouvoir du Parlement de prendre un règlement sur les abordages ni son application aux bâtiments qui empruntent les voies navigables intérieures. La responsabilité délictuelle des propriétaires et exploitants de ces navires devrait donc être considérée comme une question de droit maritime relevant de la compétence du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau.

La compétence du Parlement de limiter la responsabilité des propriétaires ou exploitants de navires ne se

commercial shipping. The functional rationale of ss. 647 and 649 becomes irrelevant to a determination of their permissible constitutional scope once it is recognized that the constitutional basis of the impugned provisions is Parliament's jurisdiction in respect of the underlying tort. Parliament, as a matter of practical necessity, must have jurisdiction in respect of the tortious liability of both commercial vessels and pleasure craft whether used on tidal or non-tidal waterways. Once Canadian waters are conceived of as a single navigational network, the activity of navigation is very akin to the activity of aeronautics and should lead to similar constitutional treatment.

Cases Cited

Referred to: *Singbeil v. Hansen* (1985), 19 D.L.R. (4th) 48; *Vancouver v. Rhodes*, [1955] 1 D.L.R. 139; *British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299; *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference)*, [1947] A.C. 503; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, on appeal from *sub nom. Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 F.C. 406; *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683; *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680; *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654; *De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398; *Mersey Docks and Harbour Board v. Turner (The "Zeta")*, [1893] A.C. 468; *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act (the Stevedoring case)*, [1955] S.C.R. 529; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305; *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925; *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625; *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry*

limite pas au transport maritime commercial. La justification fonctionnelle des art. 647 et 649 n'a plus d'incidence sur la détermination de leur portée constitutionnelle acceptable, une fois qu'on a reconnu que le fondement constitutionnel des dispositions contestées est la compétence du Parlement à l'égard du délit sous-jacent. Par nécessité pratique, le Parlement doit être compétent en matière de responsabilité délictuelle à l'égard tant des navires commerciaux que des bateaux de plaisance, qu'ils soient utilisés dans des voies navigables de marée ou sans marée. Si l'on considère que les eaux canadiennes forment un seul réseau de navigation, la navigation est très apparentée à l'aéronautique et elle devrait être traitée de la même manière sur le plan constitutionnel.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Singbeil v. Hansen* (1985), 19 D.L.R. (4th) 48; *Vancouver v. Rhodes*, [1955] 1 D.L.R. 139; *British Columbia Telephone Co. c. Marpole Towing Ltd.*, [1971] R.C.S. 321; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299; *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580; *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference)*, [1947] A.C. 503; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752, en appel de *sub nom. Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 C.F. 406; *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683; *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680; *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054; *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654; *De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398; *Mersey Docks and Harbour Board v. Turner (The «Zeta»)*, [1893] A.C. 468; *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211; *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act (l'affaire des Débardeurs)*, [1955] R.C.S. 529; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305; *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925; *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625;

(1967), 59 W.W.R. 622; *Harvey v. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74; *In re Provincial Fisheries* (1895), 26 S.C.R. 444; *Attorney-General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153; *Booth v. Lowery* (1917), 54 S.C.R. 421; *The "Lionel" v. The "Manchester Merchant"*, [1970] S.C.R. 538; *Stein v. The "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Coldwell-Horsfall v. West Country Yacht Charters, Ltd. (The Annie Hay)*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 141; *Walithy Charters Ltd. v. Doig* (1979), 15 B.C.L.R. 45; *The Alastor*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 581; *Chamberland v. Fleming* (1984), 12 D.L.R. (4th) 688; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada (The Aeronautics Reference)*, [1932] A.C. 54; *Jorgenson v. North Vancouver Magistrates* (1959), 28 W.W.R. 265.

Statutes and Regulations Cited

Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 2, 8, 109(1), (3), 436, 466, 647, 648, 649.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(b).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15.
Constitution Act, 1867, ss. 91(2), (10), 92(13), 101.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 22.
Railway Act, R.S.C. 1970, c. R-2, s. 342(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "navigate", "navigation".
 Fernandes, Rui M. *Boating Law of Canada*. Toronto: Carswells, 1989.
 Gaskell, N. J. J., C. Debattista and R. J. Swatton, *Chorley & Giles' Shipping Law*. London: Pitman, 1987.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 La Forest, Gerard V. and Associates. *Water Law in Canada: the Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
 Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
 Odgers, Sir Charles Edwin. *Odgers' Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed. By Gerald Dworkin. London: Sweet & Maxwell, 1967.

Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry (1967), 59 W.W.R. 622; *Harvey v. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74; *In re Provincial Fisheries* (1895), 26 R.C.S. 444; *Attorney-General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153; *Booth v. Lowery* (1917), 54 R.C.S. 421; *Le «Lionel» c. Le «Manchester Merchant»*, [1970] R.C.S. 538; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Coldwell-Horsfall v. West Country Yacht Charters, Ltd. (The Annie Hay)*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 141; *Walithy Charters Ltd. v. Doig* (1979), 15 B.C.L.R. 45; *The Alastor*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 581; *Chamberland v. Fleming* (1984), 12 D.L.R. (4th) 688; *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292; *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193; *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada (The Aeronautics Reference)*, [1932] A.C. 54; *Jorgenson v. North Vancouver Magistrates* (1959), 28 W.W.R. 265.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2, 7, 15.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1b).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(2), (10), 92(13), 101.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 22.
Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 1, 8, 109(1), (3), 436, 466, 647, 648, 649.
Loi sur les chemins de fer, S.R.C. 1970, ch. R-2, art. 342(1).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «navigate», «navigation».
 Fernandes, Rui M. *Boating Law of Canada*. Toronto: Carswells, 1989.
 Gaskell, N. J. J., C. Debattista and R. J. Swatton, *Chorley & Giles' Shipping Law*. London: Pitman, 1987.
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
 La Forest, Gerard V. and Associates. *Water Law in Canada: the Atlantic Provinces*. Ottawa: Information Canada, 1973.
 Maxwell, Sir Peter Benson. *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12th ed. By P. St. J. Langan. London: Sweet & Maxwell, 1969.
 Odgers, Sir Charles Edwin. *Odgers' Construction of Deeds and Statutes*, 5th ed. By Gerald Dworkin. London: Sweet & Maxwell, 1967.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203, 51 D.L.R. (4th) 509, [1988] 5 W.W.R. 313, allowing an appeal from a judgment of MacKinnon J. sitting in chambers (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 120, 45 D.L.R. (4th) 729. Appeal dismissed.

A. Ross and G. Nelson, for the appellant.

W. S. Bernardino, Q.C., and *B. McLeod*, for the respondents.

E. R. Sojonky, Q.C., and *Danielle Dion* for the intervener the Attorney General of Canada.

L. Price and R. Ratcliffe, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jean Bouchard and Françoise Saint-Martin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

E. R. A. Edwards, Q.C., and *F. A. V. Falzon*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This appeal concerns the constitutionality of ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act*, R.S.C. 1970, c. S-9 (now ss. 575 and 577, R.S.C., 1985, c. S-9), in their application to an action for damages brought by a person who suffers personal injury or loss of property as a result of the operation of a pleasure craft. Section 647 limits the liability of all ship owners to 3,100 gold francs per ton of the ship's tonnage for loss of life, personal injury and damage to property which occurs without his "actual fault or privity", and s. 649 extends this limitation of liability to, among others, "any person acting in the capacity of master or member of the crew of a ship and to any servant of the owner". The question before this Court is whether these limitation provisions, when invoked by the owner, master or crew member of a boat designed and used for pleasure rather than commercial shipping, are beyond the powers of Parliament as set out in s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. The prior question, whether ss. 647 and 649 apply to pleasure craft as a matter of statutory interpretation, though raised in the courts below,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203, 51 D.L.R. (4th) 509, [1988] 5 W.W.R. 313, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge MacKinnon en chambre (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 120, 45 D.L.R. (4th) 729. Pourvoi rejeté.

A. Ross et G. Nelson, pour l'appellant.

W. S. Bernardino, c.r., et *B. McLeod*, pour les intimés.

E. R. Sojonky, c.r., et *Danielle Dion* pour l'intervenant le procureur général du Canada.

L. Price et R. Ratcliffe, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean Bouchard et Françoise Saint-Martin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

E. R. A. Edwards, c.r., et *F. A. V. Falzon*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité des art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, S.R.C. 1970, ch. S-9, (maintenant les art. 575 et 577, L.R.C. (1985), ch. S-9) dans leur application à une action en dommages-intérêts intentée par une personne ayant subi des blessures corporelles ou perdu des biens à la suite d'un accident de bateau de plaisance. L'article 647 limite la responsabilité de tout propriétaire de navire à 3 100 francs-or par tonneau de jauge du navire à l'égard des décès, blessures corporelles et avaries à des biens survenant «sans qu'il y ait faute ou complicité réelle» de sa part. L'article 649 étend cette limitation de responsabilité, notamment à «toute personne agissant en qualité de capitaine ou à tout membre de l'équipage d'un navire et à tout employé du propriétaire». La Cour doit trancher la question de savoir si ces dispositions portant limitation de la responsabilité excèdent les pouvoirs du Parlement énoncés à l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* lorsqu'elles sont invoquées par le propriétaire, le capitaine ou un membre de l'équipage

was not argued in this Court. I would in passing note that if it had, I would have answered in the affirmative for the reasons given by McLachlin J.A., as she then was, in the Court of Appeal.

In the courts below, counsel for the appellant plaintiff argued that ss. 647 and 649 violated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. More specifically, he maintained that ss. 647 and 649 restricted the rights guaranteed in ss. 7 and 15 of the *Charter* and that this restriction was not a reasonable limit which could, pursuant to s. 1 of the *Charter*, "be demonstrably justified in a free and democratic society". In the Court of Appeal of British Columbia, it was further argued that ss. 647 and 649 violated s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III. Both these arguments were also made before this Court, but were disposed of from the Bench, Dickson C.J. advising counsel for the respondents that the Court would only hear him on the division of powers questions. These reasons for judgment will be similarly circumscribed.

Facts

The facts of this appeal are straightforward. On March 27, 1983, the appellant Whitbread took a 32 foot pleasure craft called the *Calrossie*, owned by the respondents Greenwood and Horn and registered as a "ship" under the *Canada Shipping Act*, from its moorings at Coal Harbour, which is located in what is called Inner Vancouver Harbour. He set out for Wigwam Inn, located at the north end of Indian Arm, a body of water connected to Burrard Inlet and hence, just north of the City of Vancouver. On the way, Whitbread asked one of his passengers, the respondent Walley, to take over the helm. He then moved to a seat away from the controls and fell to sleep.

d'un navire destiné à servir et servant à la navigation de plaisance plutôt qu'à la navigation marchande. Bien qu'elle ait été soulevée devant les instances inférieures, la question préalable, savoir si les art. 647 et 649 s'appliquent, par interprétation des lois, aux bateaux de plaisance n'a pas été plaidée devant la Cour. En passant, je fais remarquer que, si tel avait été le cas, j'aurais répondu par l'affirmative pour les motifs énoncés par le juge McLachlin, maintenant juge de notre Cour, au nom de la Cour d'appel.

Devant les instances inférieures, l'avocat de l'appelant demandeur a soutenu que les art. 647 et 649 contreviennent à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Plus précisément, il a prétendu que les art. 647 et 649 limitent les droits garantis par les art. 7 et 15 de la *Charte* et que cette restriction ne constitue pas une limite raisonnable dont «la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société juste et démocratique» en application de l'article premier de la *Charte*. Devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, on a soutenu en outre que les art. 647 et 649 violent l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III. Ces deux arguments ont également été présentés devant notre Cour mais ils ont été réglés à l'audience. Le juge en chef Dickson a informé l'avocat des intimés que la Cour l'entendrait uniquement sur les questions concernant le partage des compétences. Les présents motifs se limitent également à ces questions.

Les faits

Les faits du présent pourvoi sont simples. Le 27 mars 1983, l'appelant Whitbread a démarré le *Calrossie*, un bateau de plaisance de 32 pieds appartenant aux intimés Greenwood et Horn et enregistré comme «navire» aux termes de la *Loi sur la marine marchande du Canada*, qui mouillait dans le Coal Harbour situé dans ce qu'on appelle l'Inner Vancouver Harbour. Il s'est dirigé vers Wigwam Inn à l'extrémité nord du bras Indian, étendue d'eau reliée au bras Burrard et donc, juste au nord de la ville de Vancouver. En cours de route, Whitbread a demandé à l'un de ses passagers, l'intimé Walley, de tenir la barre. Il s'est ensuite assis à l'écart, et il s'est endormi.

While Walley was still at the controls, the *Calrossie* struck rocks close to the eastern shore of Indian Arm. Whitbread suffered spinal injuries that resulted in quadriplegia. He sued Walley and the other respondents in tort. In defence, Walley denied negligence, pleaded contributory negligence, and applied for a declaration that he was entitled to limit his liability under ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act* to approximately \$103,000 based on the statutory formula and the value of the gold franc at the time of the trial. This application came before MacKinnon J., sitting in chambers, who ruled (on November 12, 1987) that ss. 647 and 649 did not, as a matter of statutory interpretation, apply to persons engaged in the operation of pleasure crafts. In a decision issued on May 12, 1988, the Court of Appeal of British Columbia reversed this decision. It held that the *Calrossie* came within the definition of "ship" in s. 2 of the *Canada Shipping Act* and, further, that ss. 647 and 649 was legislation in respect of "navigation and shipping" and so within Parliament's jurisdiction under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*. The appellant Whitbread was granted leave to appeal to this Court on February 2, 1989.

Judgments in the Courts Below

Supreme Court of British Columbia (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 120

Two motions were brought before A. G. MacKinnon J. One was brought by the owners of the *Calrossie* for a declaration that the *Canada Shipping Act* and the regulations made thereunder were, "to the extent that they purport to limit the liability of the owners, valid and of full force and effect". The other was brought by the defendant Walley "for a declaration that his liability is limited by the provisions of the *Canada Shipping Act*". After setting out the relevant parts of ss. 647 and 649 of the Act and disposing of appellant Whitbread's argument that those sections violated ss. 7 and 15 of the *Charter*, MacKinnon J. considered whether they fell within the legislative

Alors que Walley dirigeait le *Calrossie*, le bateau a heurté un écueil près de la rive est du bras Indian. Whitbread a subi des blessures à la colonne vertébrale qui l'ont rendu quadriplégique. Il a intenté une poursuite en responsabilité délictuelle contre Walley et les autres intimés. En défense, Walley a nié qu'il y ait eu négligence, plaidé la négligence contributive et demandé un jugement qui déclarerait qu'il est fondé à limiter sa responsabilité en vertu des art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* à environ 103 000 \$ en se fondant sur la formule prévue dans la Loi et sur la valeur de franc-or au moment du procès. Cette demande a été entendue par le juge MacKinnon en chambre. Celui-ci a décidé (le 12 novembre 1987) que les art. 647 et 649 ne s'appliquaient pas, par interprétation des lois, aux personnes qui conduisent des bateaux de plaisance. Dans un jugement rendu le 12 mai 1988, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé cette décision. Elle a statué que le *Calrossie* était visé par la définition donnée au mot «navire» à l'art. 2 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et qu'en outre les art. 647 et 649 sont des dispositions législatives relatives à la «navigation et [aux] expéditions par eau» et que, par conséquent, elles relèvent de la compétence du Parlement en application du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'appelant Whitbread a obtenu l'autorisation d'en appeler à notre Cour le 2 février 1989.

Les jugements des instances inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique (1987), 19 B.C.L.R. (2d) 120

Le juge A. G. MacKinnon a été saisi de deux requêtes. L'une a été présentée par les propriétaires du *Calrossie* en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Loi sur la marine marchande du Canada* et ses règlements d'application sont [TRADUCTION] «valides et produisent leur plein effet dans la mesure où ils visent à limiter la responsabilité des propriétaires». L'autre requête a été présentée par le défendeur Walley et tendait à obtenir [TRADUCTION] «un jugement déclaratoire reconnaissant que sa responsabilité était limitée par les dispositions de la *Loi sur la marine marchande du Canada*». Après avoir énoncé les dispositions pertinentes des art. 647 et

competence of Parliament. Parliament, he observed, clearly had the power, under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, to enact legislation of the character of ss. 647 and 649. In doing so, he made it plain that he took it to be self-evident that these sections were legislation in respect of "navigation and shipping". However, he was equally certain that the claim of Whitbread was one that fell within "property and civil rights" and, hence, provincial jurisdiction under s. 92(13). It followed that the case was one in which there was an "apparent conflict of jurisdiction".

In resolving this conflict, MacKinnon J. largely accepted Whitbread's argument that ss. 647 and 649 were only within Parliament's power to regulate navigation and shipping in so far as they applied to commercial shipping. Relying on the statement made by Lambert J.A. in *Singbeil v. Hansen* (1985), 19 D.L.R. (4th) 48 (B.C.C.A.), at p. 60, to the effect that an understanding of the historical origins of the *Canada Shipping Act* "must illuminate any consideration of the constitutionality of its provisions", MacKinnon J. concluded, on the basis of quotations from the cases of *Vancouver v. Rhodes*, [1955] 1 D.L.R. 139 (S.C.B.C.), and *British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321, that the purpose of the *Canada Shipping Act* in general, and ss. 647 and 649 in particular, was the encouragement of maritime shipping and commerce. While such a purpose might require a limitation on the potential liability of the owners and masters of commercial vessels, it did not require the conferral of such protection on the owners and masters of pleasure vessels. This meant (at p. 132) that "Parliament did not intend [that] ss. 647 and 649 would have application to owners and masters of pleasure vessels such as the *Calrossie*". MacKinnon J.'s confidence in this conclusion was not shaken by the fact that s. 2 of the Act defined ship as a "vessel used in navigation and not propelled by oars". Given the purpose of the

649 de la Loi et avoir rejeté l'argument de l'appelant Whitbread selon lequel ces dispositions contrevenaient aux art. 7 et 15 de la *Charte*, le juge MacKinnon s'est demandé si elles relevaient de la compétence législative du Parlement. Il a fait remarquer que le Parlement avait clairement le pouvoir, en vertu du par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'édicter des dispositions législatives de la nature des art. 647 et 649. De ce fait, il a nettement indiqué qu'il tenait pour évident que ces dispositions constituaient un texte législatif concernant la «navigation et les expéditions par eau». Cependant, il était aussi certain que la demande de Whitbread relevait de la «propriété et [d]es droits civils» et donc, qu'elle était du ressort de la province en vertu du par. 92(13). Il s'ensuivait qu'il y avait dans cette affaire [TRADUCTION] «conflit apparent de compétence».

Pour résoudre ce conflit, le juge MacKinnon a accepté en grande partie la prétention de Whitbread que les art. 647 et 649 ne relevaient du pouvoir du Parlement de régler la navigation et les expéditions par eau que dans la mesure où ils s'appliquaient à la marine marchande. Invoquant la déclaration du juge Lambert dans l'arrêt *Singbeil v. Hansen* (1985), 19 D.L.R. (4th) 48 (C.A.C.-B.), à la p. 60, selon laquelle la compréhension de l'historique de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [TRADUCTION] «devait éclairer tout examen de la constitutionnalité de ses dispositions», le juge MacKinnon a conclu, en s'appuyant sur des passages tirés des décisions *Vancouver v. Rhodes*, [1955] 1 D.L.R. 139 (C.S.C.-B.) et *British Columbia Telephone Co. c. Marpole Towing Ltd.*, [1971] R.C.S. 321, que l'objet de la *Loi sur la marine marchande du Canada* en général, et des art. 647 et 649 en particulier, était la promotion de la marine marchande et du commerce maritime. Alors qu'il pouvait être nécessaire en vue d'atteindre cet objectif de limiter la responsabilité des propriétaires et capitaines des navires commerciaux, une telle protection ne s'imposait pas à l'égard des propriétaires et capitaines de bateaux de plaisance. Cela signifiait (à la p. 132) que [TRADUCTION] «le Parlement n'avait pas voulu que les art. 647 et 649 s'appliquent aux propriétaires et capitaines de bateaux de plaisance comme le *Calrossie*». Le fait

Act, it had to be assumed, when the Act was first enacted, that boats “not propelled by oars” meant vessels used as pleasure craft.

On the basis of the foregoing analysis, MacKinnon J. disposed of the applications before him by stating, at p. 132:

Following the approach of my brother Gibbs in *Rockcliffe v. A.G. Can.*, [1986] B.C.W.L.D. 2793, B.C.S.C., Victoria No. 853022, 3rd June 1986 (not yet reported), and Lambert J.A. in *Singbeil v. Hansen*, supra, there will be no declaration as to the invalidity of ss. 647 and 649. They are within the competence of Parliament. I am therefore disposed to “read down” the sections to exclude limitation of liability in respect of non-commercial ships used exclusively for pleasure and, in particular, the Calrossie.

Court of Appeal of British Columbia (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203

The reasons for judgment of a unanimous Court of Appeal were written by McLachlin J.A. (Carrothers and Wallace J.J.A. concurring). She commenced her discussion with the question whether s. 647 applied, as a matter of construction, to “non-commercial vessels used purely for pleasure”. She concluded that it did. Referring to the very broad definition given the word “ship” in s. 2 of the Act, she expressed the view, at p. 209, that “Parliament having clearly manifested its intention that the Act shall apply by an unambiguous definition, there is no room for reading down the statute based on speculation as to the purpose of the provision in question”. Citing *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12th ed. 1969), at pp. 28-29, and *Odgers’ Construction of Deeds and Statutes* (5th ed. 1967), at p. 241, she observed, at p. 209, that the “intention or purpose of Parliament must derive from the words used in the statute” and that where “these are plain and unambiguous, the court may not circumvent the plain meaning by reference to supposed legislative intent”. As further support for her view on the scope of s. 647 (and by extension s.

que l’art. 2 de la Loi définit les navires comme des «bâtiments de toute sorte employés à la navigation et non mus par des rames» n’a pas ébranlé l’opinion du juge MacKinnon. Compte tenu de l’objet de la Loi, il fallait présumer que lorsqu’elle a été édictée initialement, l’expression bateaux «non mus par des rames» visait les navires qui servaient à la navigation de plaisance.

S’appuyant sur l’analyse qui précède, le juge MacKinnon a statué sur les requêtes dont il était saisi en déclarant, à la p. 132:

[TRADUCTION] Selon l’approche adoptée par mon collègue le juge Gibbs dans la décision *Rockcliffe v. A.G. Can.*, [1986] B.C.W.L.D. 2793, C.S.C.-B., Victoria n° 853022, le 3 juin 1986 (pas encore publiée) et par le juge Lambert dans l’arrêt *Singbeil v. Hansen*, précité, je ne prononcerai pas de jugement déclaratoire au sujet de la validité des art. 647 et 649. Ils relèvent de la compétence du Parlement. Je suis donc disposé à interpréter ces dispositions de façon restrictive de manière à exclure la limitation de responsabilité relativement aux navires non commerciaux servant exclusivement à la navigation de plaisance et, en particulier, au Calrossie.

La Cour d’appel de la Colombie-Britannique (1988), 26 B.C.L.R. (2d) 203

Les motifs du jugement unanime de la Cour d’appel ont été rendus par le juge McLachlin (les juges Carrothers et Wallace souscrivant à ses motifs). Elle a commencé son analyse en se demandant si l’art. 647 s’appliquait, par interprétation des lois, aux [TRADUCTION] «navires non commerciaux utilisés exclusivement pour la navigation de plaisance». Elle a conclu que tel était le cas. Se reportant à la définition très large donnée au mot «navire» à l’art. 2 de la Loi, elle a exprimé l’avis, à la p. 209, que [TRADUCTION] «le Parlement ayant clairement manifesté son intention en ce qui concerne l’application de la Loi en adoptant une définition non équivoque, il est impossible de l’interpréter restrictivement en se fondant sur des spéculations quant à l’objet des dispositions en question». Citant *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (12^e éd. 1969), aux pp. 28 et 29, et *Odgers’ Construction of Deeds and Statutes* (5^e éd. 1967), à la p. 241, elle a fait observer, à la p. 209, que [TRADUCTION] «l’intention ou l’objectif du Parlement doit être déduit des mots employés dans la loi» et que lorsque [TRADUCTION] «ceux-ci

649), McLachlin J.A. noted that pleasure yachts were expressly exempted from particular sections of the Act: ss. 8, 109(1) and (3), 436 and 466. She also cited a number of cases in which ss. 647 and 649, or their English counterparts, have been applied to pleasure vessels.

McLachlin J.A. then quickly disposed of the question whether, on the facts, the respondent Walley was entitled to rely on s. 649. She noted that s. 649 limits the liability of "any person acting in the capacity of master or member of the crew of a ship" and concluded that Walley was in fact acting in the capacity of master at the time of the accident in which the appellant Whitbread was injured.

McLachlin J.A. then turned, at p. 210, to the central question of whether Parliament had the power under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, "to legislate with respect to limitation of liability for accidents involving pleasure craft". After noting the powers of the provinces in respect of property and civil rights (s. 92(13)) and of Parliament in respect of trade and commerce (s. 91(2)), she expressed the view that the focus of inquiry was the jurisdiction of Parliament, under s. 91(10), to legislate in respect of navigation and shipping. Citing *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (P.C.), she noted that if the impugned provisions were in "pith and substance" legislation in respect of navigation and shipping, it was irrelevant that they also affected property and civil rights. She then observed, on the basis of *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (P.C.), that s. 91(10) has been broadly interpreted. Applying the *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) definition of "navigate" ("To journey by water; to go in a vessel; to sail or manage a vessel; to use the waters as a highway for commerce or communication; to ply"), and the same dictionary's definition of "navigation" ("The act

sont simples et clairs, la cour ne peut écarter le sens évident des termes en se reportant à la prétendue intention du législateur». Pour étayer encore son point de vue sur la portée de l'art. 647 (et par extension de l'art. 649), le juge McLachlin a souligné que les yachts de plaisance étaient expressément soustraits à l'application de certaines dispositions de la Loi: les art. 8, 436 et 466 ainsi que les par. 109(1) et (3). Elle a également cité un certain nombre de décisions dans lesquelles les art. 647 et 649, ou leur équivalent anglais, ont été appliqués à des bateaux de plaisance.

Le juge McLachlin a ensuite rapidement résolu la question de savoir si, d'après les faits, l'intimé Walley avait le droit d'invoquer l'art. 649. Elle a fait remarquer que l'art. 649 limite la responsabilité de [TRADUCTION] «toute personne agissant à titre de capitaine ou de membre de l'équipage d'un navire» et elle a conclu que Walley agissait, dans les faits, à titre de capitaine au moment de l'accident au cours duquel Whitbread a été blessé.

Le juge McLachlin a ensuite abordé, à la p. 210, la question principale qui consiste à se demander si le Parlement a le pouvoir en application de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* [TRADUCTION] «de légiférer en vue de limiter la responsabilité pour des accidents impliquant des bateaux de plaisance». Après avoir noté les pouvoirs des provinces en ce qui concerne la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et ceux conférés au Parlement à l'égard de la réglementation des échanges et du commerce (par. 91(2)), elle a exprimé l'avis que le point central de l'examen était la compétence attribuée au Parlement, en vertu du par. 91(10), de légiférer à l'égard de la navigation et des expéditions par eau. Citant l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310 (C.P.), elle a fait remarquer que si les dispositions contestées, de par leur «caractère véritable», concernaient la navigation et les expéditions par eau, il importait peu qu'elles intéressent aussi la propriété et les droits civils. Elle a ensuite fait observer, en se fondant sur l'arrêt *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, [1926] A.C. 299 (C.P.), que le par. 91(10) a été interprété de façon libérale. Repré-
nant la définition donnée par le *Black's Law Dic-*

or science or the business of traversing the sea or other navigable waters in ships or vessels”), McLachlin J.A. concluded, at p. 211, that the “use of the *Calrossie* in Indian Arm clearly constituted navigation”. Quoting from the case of *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1981] 1 F.C. 293 (T.D.), where Addy J. had held, at p. 303, that “sections 647 and 648 of the *Canada Shipping Act* deal squarely with acts, omissions, liabilities and procedures directly related to the subject-matter of navigation and shipping”, she further concluded that limitation of the liability of those who use or own vessels such as the *Calrossie* is a matter directly related to navigation.

Before turning to appellant Whitbread’s *Charter* arguments, McLachlin J.A. gave five reasons for rejecting the argument which had found favour with the trial judge, namely, that the words “navigation and shipping” should be read as applying only to commercial navigation and shipping. These reasons were: (1) acceptance of the argument required the reading of the word “commercial” into s. 91(10); (2) the argument ignored the broad ambit of the word “navigation” and focused exclusively on the word “shipping”; (3) it ran counter to the principle that the federal power under s. 91(10) must be broadly interpreted; (4) it ran counter to the numerous cases in which it has been held that the federal power in respect of navigation and shipping does in fact extend to pleasure craft; and (5) it would mean that the jurisdiction conferred by s. 91(10) was simply a part of that conferred by s. 91(2).

tionary (5^e éd. 1979) au mot «navigate» (naviguer) [TRADUCTION] («Se déplacer sur l’eau; monter à bord d’un navire; diriger ou conduire la marche d’un navire; utiliser les cours d’eau comme une voie pour le commerce ou la communication; voguer») et au mot «navigation» (navigation) [TRADUCTION] («L’art, la science ou le commerce relatifs à la traversée de la mer ou d’autres eaux navigables à bord de navires ou de bâtiments»), le juge McLachlin a conclu, à la p. 211, que [TRADUCTION] «l’utilisation du *Calrossie* dans le bras Indian constituait clairement de la navigation». Citant un passage de la décision *Nisshin Kisen Kaisha Ltd. c. La Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1981] 1 C.F. 293 (D.P.I.), dans laquelle le juge Addy a statué à la p. 303 que les «articles 647 et 648 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* parlent expressément d’actes, d’omissions, de responsabilités et de procédures directement reliés à «La navigation et les bâtiments ou navires», elle a conclu en outre que la limitation de la responsabilité de ceux qui utilisent des navires tel le *Calrossie* ou en sont propriétaires est une question directement liée à la navigation.

Avant d’aborder les moyens fondés sur la *Charte* présentés par l’appelant Whitbread, le juge McLachlin a donné cinq raisons pour rejeter l’argument que le juge de première instance a retenu, savoir que les mots «la navigation et les expéditions par eau» doivent être interprétés comme visant uniquement la navigation commerciale et la marine marchande. Ces raisons sont les suivantes: (1) l’acceptation de l’argument exige que l’on rajoute par interprétation le mot «commerciale» au par. 91(10); (2) l’argument passe sous silence la large portée du mot «navigation» pour se concentrer exclusivement sur les mots «expéditions par eau»; (3) l’argument va à l’encontre du principe selon lequel le pouvoir du gouvernement fédéral prévu au par. 91(10) doit recevoir une interprétation large; (4) l’argument est incompatible avec une jurisprudence abondante selon laquelle le pouvoir fédéral à l’égard de la navigation et des expéditions par eau s’étend bel et bien aux bateaux de plaisance; et (5) l’acceptation de l’argument signifierait que la compétence conférée par le par. 91(10) fait simplement partie de celle qui est prévue au par. 91(2).

Issues Before this Court

The argument before this Court was conducted on the basis of six constitutional questions, stated by Dickson C.J. on June 16, 1989. Five of these dealt with the appellant's challenge of ss. 647 and 649 on the grounds of ss. 7 and 15 of the *Charter* and s. 1(b) of the *Canadian Bill of Rights*. As explained earlier, the appellant's arguments were dismissed from the Bench. The only remaining question, then, is the jurisdictional one, which was stated by Dickson C.J. in the following terms:

With reference to s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*, are ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9*, as amended, constitutionally valid and constitutionally applicable to this action?

By way of clarification, I would add that constitutional validity and constitutional applicability are not distinct questions. Sections 647 and 649 will be held to be constitutionally valid if they are in pith and substance legislation in relation to a matter that comes within the jurisdiction conferred by s. 91(10) or, alternatively (if it is in fact an alternative grounds of validity), if they are found to be "necessarily incidental", "ancillary" or "integral" to the legislative scheme (the *Canada Shipping Act*) that is admittedly within s. 91(10). The question whether ss. 647 and 649 are "constitutionally applicable to this action" only arises if it becomes apparent that they are within federal competence when applied to certain types of suits, such as those arising in the context of commercial shipping, but beyond federal competence if applied to suits arising, as here, from the operation of pleasure craft. The question will then be whether the impugned provisions should be "read down" in accordance with a presumption of constitutional validity.

Les questions en litige devant notre Cour

Les débats devant notre Cour étaient fondés sur six questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson le 16 juin 1989. Cinq d'entre elles concernent la contestation par l'appelant des art. 647 et 649 par le truchement des art. 7 et 15 de la *Charte* et de l'al. 1b) de la *Déclaration canadienne des droits*. Comme je l'ai expliqué précédemment, les prétentions de l'appelant ont été rejetées oralement à l'audience. Il ne restait donc qu'une question à résoudre, celle de la compétence, que le juge en chef Dickson a formulée comme suit:

Relativement au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9*, modifiée, sont-ils, du point de vue constitutionnel, valides et applicables en l'espèce?

Par souci de précision, j'ajoute que la validité et l'applicabilité sur le plan constitutionnel ne sont pas des questions distinctes. Les articles 647 et 649 seront tenus pour valides du point de vue constitutionnel si, de par leur caractère véritable, ce sont des dispositions législatives liées à une matière relevant de la compétence conférée par le par. 91(10) ou bien (s'il s'agit en fait d'un autre motif de validité), s'ils sont jugés «nécessairement accessoires» ou «accessoires» à un régime législatif (la *Loi sur la marine marchande du Canada*) dont on reconnaît qu'elle relève du par. 91(10) ou comme faisant «partie intégrante» de ce régime. La question de savoir si les art. 647 et 649 sont «du point de vue constitutionnel, applicables en l'espèce» ne se pose que s'il devient évident qu'ils relèvent de la compétence fédérale lorsqu'ils sont appliqués à certains types d'actions, comme celles qui sont intentées en matière de marine marchande, mais qu'ils échappent à la compétence fédérale lorsqu'ils sont appliqués, comme en l'espèce, à des poursuites fondées sur la conduite d'un bateau de plaisance. La question consistera donc alors à se demander si les dispositions contestées devraient recevoir une interprétation atténuée conformément à la présomption de validité constitutionnelle.

The Constitutionality of ss. 647 and 649 of the
Canada Shipping Act

The first question to arise is that of the “pith and substance” of ss. 647 and 649. If sections 647 and 649 are found to be legislation that is in pith and substance in relation to matters within Parliament’s exclusive jurisdiction over navigation and shipping, the inquiry is at an end, for it would then be immaterial that they also affect matters of property and civil rights; see *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, *supra*, at pp. 326-27; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] S.C.R. 663, at p. 671; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, at p. 667.

The phrase “pith and substance” appears to have been first used by Lord Watson in the case of *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580, at p. 587, (see *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference)*, [1947] A.C. 503, at p. 518, *per* Viscount Simon), although the earlier case of *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575, is sometimes cited as exemplary of the idea that it embodies: see Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), at p. 328. There is, of course, no magic in the phrase. It simply signifies what has long been recognized as the first step in division of powers analysis, that the “matter” of the impugned law must be identified. In this respect, the idea conveyed by the phrase “pith and substance” can be expressed in many different ways. It can be described as the “constitutional value represented by the challenged legislation”, as “an abstract of the statute’s content”, and as “the true meaning of the challenged legislation” or the “leading feature” or “true nature and character” of the impugned law; see Hogg, *op. cit.*, at p. 313. Whatever the phrase used, the idea remains the same: division of powers analysis commences with an identification of “the dominant or most important characteristic of the challenged law”. See Hogg, at p. 313.

La constitutionnalité des art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*

La première question soulevée est celle du «caractère véritable» des art. 647 et 649. Si l’on conclut que, de par leur caractère véritable, ces dispositions législatives sont liées à des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement à l’égard de la navigation et des expéditions par eau, la question est épuisée car il serait alors indifférent qu’elles touchent également des matières liées à la propriété et aux droits civils; voir les arrêts *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, précité, aux pp. 326 et 327; *Munro v. National Capital Commission*, [1966] R.C.S. 663, à la p. 671; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641, à la p. 667.

Il semble que l’expression «caractère véritable» (*pith and substance*) ait été employée pour la première fois par lord Watson dans l’arrêt *Union Colliery Co. of British Columbia v. Bryden*, [1899] A.C. 580, à la p. 587 (voir *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Alberta Bill of Rights Reference)*, [1947] A.C. 503, à la p. 518, les motifs du vicomte Simon), bien que l’arrêt *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575, rendu antérieurement, soit parfois cité pour illustrer l’idée qu’elle exprime; voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2^e éd. 1985), à la p. 328. Bien entendu, cette expression n’est pas une formule magique. Elle signifie simplement qu’il est reconnu depuis longtemps que la première étape de l’analyse du partage des compétences consiste à identifier la «matière» de la loi contestée. À cet égard, l’idée transmise par l’expression «caractère véritable» peut être exprimée de beaucoup de façons. On peut dire qu’il s’agit de la [TRADUCTION] «valeur constitutionnelle que présente la loi contestée», d’un «résumé du contenu de la loi», du «sens véritable de la loi contestée» ou de l’«idée maîtresse» ou «caractère véritable» de la loi contestée; voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 313. Quelle que soit l’expression employée, l’idée est la même: l’analyse portant sur le partage des compétences commence avec la détermination de la [TRADUCTION] «caractéristique principale ou la plus importante de la loi contestée»; voir Hogg, à la p. 313.

For counsel for the appellant, the pith and substance of ss. 647 and 649 is virtually self-evident. He simply observed that the impugned provisions limit recovery of damages in actions for personal injury or damage to property and concluded that they are therefore, in "pith and substance", legislation in relation to the "rights and liabilities of individuals involved in tortious conduct". It is taken to be self-evident that this brings them within the compass of provincial jurisdiction in respect of property and civil rights. On this view, ss. 647 and 649 are said to be *prima facie* invalid, and the question becomes whether they are ancillary, integral or necessarily incidental to the legislative scheme of which they are a part, a scheme which is acknowledged to be within Parliament's legislative competence.

Counsel for the respondent adopted the same starting point. He acknowledged that, in one aspect, ss. 647 and 649 are in pith and substance legislation concerned with civil liability, a matter normally within the legislative jurisdiction of the provinces. He goes on, however, to argue that they are in another aspect legislation concerned with matters within Parliament's exclusive jurisdiction over navigation and shipping, namely, the encouragement of shipping and the prevention and aftermath of marine collisions. He sought to support this argument by pointing out that limitation provisions have historically played an important role in encouraging investment in shipping and by suggesting that ss. 647 and 649 should not be construed in isolation, as they were by counsel for the appellant, but together with the rest of Part XIV of the *Canada Shipping Act* (which is headed NAVIGATION—COLLISIONS—LIMITATION OF LIABILITY), and those provisions of the Act that deal with wrecks and salvages, inquiries into shipping casualties, causes of action for fatal injuries sustained in marine accidents and the construction and safety features of vessels. This reference to the legislative context of ss. 647 and 649 is said to demonstrate "that the provisions reflect Parliament's power to legislate comprehensively with regard to navigational safety

Selon l'avocat de l'appellant, le caractère véritable des art. 647 et 649 est pratiquement évident. Il a simplement fait observer que les dispositions contestées limitent l'obtention de dommages-intérêts dans les actions intentées pour blessures corporelles ou avarie à des biens et il a conclu qu'il s'agissait donc de dispositions législatives qui, de par leur caractère véritable, étaient liées aux [TRADUCTION] «droits et responsabilités des particuliers ayant une conduite délictueuse». On tient pour évident qu'elles relèvent de ce fait du domaine de la compétence provinciale à l'égard de la propriété et des droits civils. Selon cette thèse, les art. 647 et 649 seraient invalides à première vue, et la question consisterait à se demander si elles sont accessoires ou nécessairement accessoires au régime législatif dont elles sont tirées et qui ressortit au Parlement ou si elles font partie intégrante de ce régime.

L'avocat de l'intimé a adopté le même point de départ. Il a reconnu que, sous un aspect, les art. 647 et 649, de par leur caractère véritable, sont des dispositions législatives concernant la responsabilité civile, matière qui relève normalement des provinces. Cependant, il a aussi prétendu que, sous un autre angle, il s'agit d'un texte législatif touchant des matières relevant de la compétence exclusive du Parlement en ce qui concerne la navigation et les expéditions par eau, savoir la promotion de la marine marchande et la prévention des abordages ainsi que de leurs conséquences. Il a cherché à étayer cet argument en faisant remarquer que, historiquement, les dispositions portant limitation ont joué un rôle important dans l'incitation à l'investissement dans la marine marchande et en préconisant que les art. 647 et 649 ne doivent pas être interprétés isolément, comme l'a fait l'avocat de l'appellant, mais avec les autres dispositions de la partie XIV de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (intitulée NAVIGATION—ABORDAGES—LIMITATION DE RESPONSABILITÉ) et les dispositions de la Loi qui visent les épaves et les sauvetages, les enquêtes sur les sinistres maritimes, les causes d'action pour blessures mortelles subies au cours d'accidents maritimes et la construction et les dispositifs de sécurité des navires. Ce renvoi au contexte législatif des art. 647 et 649 démontrerait [TRADUCTION] «que les

and the consequences of shipping and boating accidents”.

The common point of departure for both arguments, then, is the assumption that the tortious liability that is limited by ss. 647 and 649 is one that arises under provincial law, that is, the ordinary law of negligence. I have found it especially curious that the respondent should be willing to conduct the appeal on the basis of such an assumption, for it seems to me to run directly counter to a series of this Court’s recent decisions. As was pointed out in the factum of the Attorney General of Canada, this Court has, in the cases of *Tropwood A.G. v. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 S.C.R. 157; *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 283; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 S.C.R. 752, and *Q.N.S. Paper Co. v. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 683, outlined the contours of a uniform body of federal maritime law, i.e., a body of substantive law applicable to maritime and admiralty matters that is subject to the exclusive legislative jurisdiction of Parliament. The following statement of McIntyre J., at p. 779, on behalf of the majority in *ITO* clearly demonstrates the relevance of this line of authority for the present appeal:

It is my view, as set out above, that Canadian maritime law is a body of federal law encompassing the common law principles of tort, contract and bailment. I am also of the opinion that Canadian maritime law is uniform throughout Canada, a view also expressed by Le Dain J. in the Court of Appeal who applied the common law principles of bailment to resolve Miida’s claim against ITO. Canadian maritime law is that body of law defined in s. 2 of the *Federal Court Act*. That law was the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law and it is not the law of any province of Canada. [Emphasis added.]

In my view, the underlined portions of this statement of general principle, which I also had

dispositions reflètent le pouvoir conféré au Parlement de légiférer de façon complète à l’égard de la sécurité en matière de navigation et des conséquences des accidents qui surviennent dans la marine marchande et la navigation de plaisance».

Le point de départ commun des deux plaidoiries est donc l’hypothèse voulant que la responsabilité délictuelle limitée par les art. 647 et 649 soit fondée sur la loi provinciale, c’est-à-dire sur les règles ordinaires du droit de la négligence. J’ai trouvé particulièrement curieux que l’intimé soit disposé à conduire le pourvoi sur la base de cette hypothèse car elle me semble tout à fait incompatible avec une série d’arrêts récents de notre Cour. Comme on l’a fait remarquer dans le mémoire du procureur général du Canada, dans les arrêts *Tropwood A.G. c. Sivaco Wire & Nail Co.*, [1979] 2 R.C.S. 157, *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 283, *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc.*, [1986] 1 R.C.S. 752 et *Q.N.S. Paper Co. c. Chartwell Shipping Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 683, notre Cour a tracé les limites d’un ensemble de règles de droit fédérales uniformes en matière de droit maritime, c’est-à-dire un ensemble de règles de fond applicables aux questions maritimes et d’amirauté qui font l’objet de la compétence législative exclusive du Parlement. La déclaration qui suit du juge McIntyre, qui s’exprimait au nom de la majorité dans l’affaire *ITO* (à la p. 779), montre clairement la pertinence de cette jurisprudence en l’espèce:

Je suis d’avis, comme je viens de l’expliquer, que le droit maritime canadien constitue un ensemble de règles de droit fédérales qui englobe les principes de *common law* en matière de responsabilité délictuelle, de contrat et de dépôt. Je suis aussi d’avis que le droit maritime canadien est uniforme partout au Canada, un point de vue partagé par le juge Le Dain de la Cour d’appel qui a appliqué les principes de *common law* en matière de dépôt pour résoudre la demande de Miida contre ITO. Le droit maritime canadien est l’ensemble de règles de droit que définit l’art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Ce droit, c’est le droit maritime d’Angleterre qui a été incorporé au droit canadien; ce n’est pas le droit d’une province canadienne. [Je souligne.]

Selon moi, les passages soulignés de cette déclaration de principe, que j’ai également eu l’occasion

occasion to quote at p. 694 of my reasons in *Chartwell*, make it perfectly clear that tortious liability which arises in a maritime context is governed by a body of maritime law within the exclusive legislative jurisdiction of Parliament. This, by itself, is a sufficient basis on which to dismiss the present appeal. For as counsel for the appellant points out, if a right of action comes within provincial legislative jurisdiction, so too must a limitation of that right. The same reasoning must surely apply in respect of rights of action that come within the legislative jurisdiction of the federal government. This seems to me to follow from this Court's decision in *Clark v. Canadian National Railway Co.*, [1988] 2 S.C.R. 680, at pp. 709-10.

To put this conclusion in terms of the pith and substance of ss. 647 and 649, I think the decisions of this Court in the cases enumerated above, and especially its decisions in *ITO* and *Chartwell*, leave no room for any other conclusion than that the impugned provisions are in pith and substance legislation in respect to the body of uniform federal law that is compendiously referred to as Canadian maritime law. It follows that they are *intra vires* Parliament, and that this conclusion is in no way dependant on any application of the double aspect or necessarily incidental doctrines.

This conclusion is in my view so inescapable that it may be useful to consider why the parties failed to address the line of cases enumerated above. The most obvious explanation is that those cases, unlike the one at bar, did not directly concern a dispute as to the division of legislative powers between the federal and provincial governments. Instead, they concerned the content and scope of the Federal Court's jurisdiction in respect of maritime and admiralty matters. But that does not mean that they are irrelevant to a determination of the scope of Parliament's legislative jurisdiction over navigation and shipping. On the contrary, it must be remembered that the inquiry as to the validity and scope of the jurisdiction over maritime and admiralty matters granted to the Federal Court by s. 22 of the *Federal Court Act*, R.S.C.

de citer à la p. 694 de mes motifs de l'arrêt *Chartwell*, montrent tout à fait clairement que la responsabilité délictuelle dont il est question dans un contexte maritime est régie par un ensemble de règles de droit maritime relevant de la compétence exclusive du Parlement. En soi, cela suffit pour rejeter le présent pourvoi car, comme l'a fait remarquer l'avocat de l'appelant, si un droit d'action relève de la compétence législative d'une province, il doit en être de même pour toute limitation de ce droit. Le même raisonnement doit sûrement s'appliquer à l'égard des droits d'action relevant de la compétence législative du gouvernement fédéral. Il me semble que cette conclusion ressort de l'arrêt *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680, aux pp. 709 et 710.

Pour reformuler cette conclusion en tenant compte du caractère véritable des art. 647 et 649, je dirais que les arrêts de notre Cour que je viens d'énumérer, en particulier *ITO* et *Chartwell*, nous forcent à conclure que les dispositions contestées, de par leur caractère véritable, sont des textes législatifs liés à un ensemble de règles de droit fédérales uniformes qui, collectivement, est appelé le droit maritime canadien. Il s'ensuit que ces règles relèvent du pouvoir du Parlement et que cette conclusion ne dépend aucunement de l'application des doctrines du double aspect ou du caractère nécessairement accessoire.

À mon avis, cette conclusion est si inéluctable qu'il peut être utile de voir pourquoi les parties n'ont pas examiné la jurisprudence citée précédemment. L'explication la plus évidente est que, contrairement au cas qui nous occupe, cette jurisprudence ne porte pas directement sur un litige concernant le partage des compétences législatives entre les gouvernements fédéral et provinciaux. Elle vise plutôt le contenu et l'étendue de la compétence de la Cour fédérale en matière maritime et d'amirauté. Mais cela ne veut pas dire qu'elle n'a rien à voir avec la détermination de l'étendue de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau. Au contraire, il ne faut pas oublier que l'examen de la validité et de l'étendue de la compétence relative aux questions maritimes et d'amirauté conférée à la Cour

1970 (2nd Supp.), c. 10, has been conducted, in accordance with this Court's decisions in *Quebec North Shore Paper Co. v. Canadian Pacific Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 1054, and *McNamara Construction (Western) Ltd. v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 654, with reference to s. 101 of what is now the *Constitution Act, 1867*. That provision provides for the establishment by Parliament of a "General Court of Appeal for Canada, and for the Establishment of any additional Courts for the better Administration of the Laws of Canada". As pointed out by Laskin C.J. in *Quebec North Shore Paper Co.* and *McNamara* (at pp. 1065-66 and p. 658 respectively), these words mean that a grant of jurisdiction to the Federal Court (or to any other court created under s. 101) will only be valid and effective if some "applicable and existing federal law" is necessary to its exercise. Put the other way round, s. 101 requires that any jurisdiction granted to the Federal Court be supported or nourished by an existing body of law that is subject to Parliament's legislative jurisdiction.

In the case of the Federal Court's jurisdiction over maritime and admiralty matters, that body of law is referred to in s. 22 of the *Federal Court Act* as "Canadian maritime law". As already explained, this Court has ruled that such a body of law does exist. It has also found that it is federal law that comes within Parliament's power to legislate in respect of navigation and shipping under s. 91(10) of the *Constitution Act, 1867*: see *ITO*, at p. 777. It follows that an inquiry as to the scope and substantive content of the Federal Court's jurisdiction over Canadian maritime law is simultaneously an inquiry as to the scope and content of an important aspect of Parliament's exclusive jurisdiction over navigation and shipping. More particularly, it follows that this Court's determination in *ITO* that Canadian maritime law encompasses the law of torts when applied in respect to admiralty matters is, on the above reasoning, determinative of the constitutional validity of ss.

fédérale par l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, a été effectué, conformément aux arrêts de notre Cour *Quebec North Shore Paper Co. c. Canadien Pacifique Ltée*, [1977] 2 R.C.S. 1054, et *McNamara Construction (Western) Ltd. c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 654, en fonction de l'art. 101 de ce qui est maintenant la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cette disposition prévoit que le Parlement pourra créer une «cour générale d'appel pour le Canada, [et établir] d'autres tribunaux pour assurer la meilleure exécution des lois du Canada». Comme l'a fait remarquer le juge en chef Laskin dans les arrêts *Quebec North Shore Paper Co.* et *McNamara* (aux pp. 1065 et 1066, et à la p. 658, respectivement), cela signifie que l'attribution d'une compétence à la Cour fédérale (ou à tout autre tribunal créé en application de l'art. 101) ne sera valide et ne produira des effets que s'il existe «une législation fédérale applicable» nécessaire à son exercice. Autrement dit, l'art. 101 exige que toute compétence accordée à la Cour fédérale soit appuyée ou fondée sur un ensemble de règles de droit assujetties à la compétence législative du Parlement.

Quant à la compétence de la Cour fédérale sur les questions maritimes et d'amirauté, cet ensemble de règles de droit est mentionné à l'art. 22 de la *Loi sur la Cour fédérale* comme étant le «droit maritime canadien». Comme je l'ai déjà expliqué, notre Cour a décidé qu'un tel ensemble de règles de droit existait bel et bien. Elle a aussi conclu qu'il s'agissait de règles de droit fédérales relevant de la compétence législative du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau qui est visée au par. 91(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*; voir *ITO*, à la p. 777. Par conséquent, un examen de la portée et du contenu quant au fond de la compétence de la Cour fédérale en matière de droit maritime canadien constitue aussi un examen de la portée et du contenu d'un aspect important de la compétence exclusive du Parlement sur la navigation et les expéditions par eau. Plus précisément, il s'ensuit que l'arrêt *ITO* de notre Cour selon lequel le droit maritime canadien comprend les règles de droit relatives à la responsabilité délictuelle lorsqu'elles s'appliquent à l'égard de questions d'amirauté permet, selon le

647 and 649 of the *Canada Shipping Act*; see *ITO*, at pp. 776 and 779.

The failure of the parties to deal with *ITO* and associated cases may also have been caused by an assumption that Canadian maritime law does not encompass tortious liability arising from accidents that occur on a body of water such as Indian Arm, which is within the province of British Columbia, rather than on the high or Canadian seas. Such an assumption would be erroneous, however. This Court made it clear in *ITO*, at p. 779, that Canadian maritime law was “the maritime law of England as it has been incorporated into Canadian law”, and it is in turn clear that the maritime law of England was not limited to torts committed on the British or high seas but extended to torts committed within the ebb and flow of the tide; see *De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398 (U.S. Circuit Ct., Mass.); *Mersey Docks and Harbour Board v. Turner (The “Zeta”)*, [1893] A.C. 468, at pp. 481 *et seq.*, and *Domestic Converters Corp. v. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 F.C. 211, *per Le Dain J.* As Indian Arm is presumably a body of water within the ebb and flow of the tide, it follows that the tortious liability of the respondent, if any such liability is found to exist, arises within the territorial domain of Canadian maritime law and the legislative jurisdiction of Parliament.

I should point out that even if Indian Arm was non-tidal water, this would not mean that the respondent’s liability was a matter of provincial rather than federal law. It is of course true that in *ITO*, McIntyre J. said, at p. 771, that “‘Canadian maritime law’ includes all that body of law which was administered in England by the High Court on its Admiralty side in 1934”, and it is also true that he went on to say at p. 771, that, “English maritime law as of 1934 . . . was at its broadest confined to torts committed within the ebb and

raisonnement qui précède, de déterminer la validité constitutionnelle des art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada*; voir l’arrêt *ITO*, aux pp. 776 et 779.

“ Il se peut aussi que les parties n’aient pas tenu compte de l’arrêt *ITO* et de la jurisprudence connexe parce qu’elles ont présumé que le droit maritime canadien ne comprenait pas la responsabilité délictuelle découlant des accidents qui se produisent sur une étendue d’eau comme le bras Indian qui est situé dans la province de la Colombie-Britannique, et non en haute mer ou dans les eaux canadiennes. Une telle présomption serait erronée toutefois. Notre Cour a affirmé sans équivoque dans l’arrêt *ITO*, à la p. 779, que le droit maritime canadien était «le droit maritime d’Angleterre qui a été incorporé au droit canadien», et il est évident que le droit maritime d’Angleterre n’était pas limité aux délits commis en haute mer ou dans les eaux britanniques mais qu’il s’étendait aux délits commis à l’intérieur de l’aire de flux et de reflux; voir les arrêts *De Lovio v. Boit* (1815), 2 Gall. 398 (U.S. Circuit Ct., Mass.); *Mersey Docks and Harbour Board v. Turner (The “Zeta”)*, [1893] A.C. 468, aux pp. 481 et suiv. et *Domestic Converters Corp. c. Arctic Steamship Line*, [1984] 1 C.F. 211, les motifs du juge Le Dain. Comme on peut supposer que le bras Indian est une étendue d’eau située à l’intérieur de l’aire de flux et de reflux, il s’ensuit que la responsabilité délictuelle de l’intimé, si responsabilité il y a, relève du domaine territorial du droit maritime canadien et de la compétence législative du Parlement.

Il convient de faire remarquer que même si les eaux du bras Indian n’étaient pas soumises à l’action de la marée, cela ne signifierait pas que la responsabilité de l’intimé soit une question relevant du droit provincial plutôt que fédéral. Bien entendu, il est exact que dans l’arrêt *ITO*, le juge McIntyre a dit, à la p. 771, que le «droit maritime canadien» comprend tout cet ensemble de règles de droit, appliquées en 1934 en Angleterre par la Haute Cour, en sa juridiction d’amirauté», et il est vrai aussi qu’il a précisé, à la p. 771, que «des 1934, le droit maritime anglais était, même au sens le plus large, confiné aux délits ou quasi-délits commis entre le flux et le reflux». Mais il est

flow of the tide". But it is surely more important that, at p. 774, he went on to say:

I would agree that the historical jurisdiction of the Admiralty courts is significant in determining whether a particular claim is a maritime matter within the definition of Canadian maritime law in s. 2 of the *Federal Court Act*. I do not go so far, however, as to restrict the definition of maritime and admiralty matters only to those claims which fit within such historical limits. An historical approach may serve to enlighten, but it must not be permitted to confine. In my view the second part of the s. 2 definition of Canadian maritime law was adopted for the purpose of assuring that Canadian maritime law would include an unlimited jurisdiction in relation to maritime and admiralty matters. As such, it constitutes a statutory recognition of Canadian maritime law as a body of federal law dealing with all claims in respect of admiralty and maritime matters. Those matters are not to be considered as having been frozen by *The Admiralty Act, 1934*. On the contrary, the words "maritime" and "admiralty" should be interpreted within the modern context of commerce and shipping.

These remarks were a direct response to the view expressed by Le Dain J. in *Domestic Converters*, at p. 244, to the effect that it "would be against the whole tradition of admiralty jurisdiction with respect to maritime torts to hold that a tort or delict committed on land is a maritime matter". They were in this respect consistent with the evolution of Le Dain J.'s own thinking on these matters, as he made it clear when *ITO* was in the Federal Court of Appeal where he retracted the view on the jurisdictional question he had expressed in *Domestic Converters*: see *Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 F.C. 406, at pp. 416-18. More importantly, McIntyre J.'s remarks were essential to his conclusion that *ITO*'s failure to properly secure the warehouse in which a shipment of calculators were stored after being unloaded at the Port of Montreal was a tort which sounded in Canadian maritime law. If the maritime law jurisdiction of the Federal Court and thus of Parliament can extend to torts committed in the course of land-based activities that are sufficiently connected with navigation or shipping, it must surely extend to the activities of those who, like the respondent,

certainement plus important qu'il ait ajouté à la p. 774:

Je suis d'accord pour dire que la compétence historique des cours d'amirauté est importante pour déterminer si une demande particulière est une matière maritime au sens qu'en donne la définition du droit maritime canadien que l'on trouve à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Je n'irais pas cependant jusqu'à limiter la définition de matière maritime et d'amirauté aux seules demandes qui cadrent avec ces limites historiques. Une méthode historique peut servir à éclairer, mais ne saurait autoriser à limiter. À mon avis, la seconde partie de la définition que donne l'art. 2 du droit maritime canadien a été adoptée afin d'assurer que le droit maritime canadien comprenne une compétence illimitée en matière maritime et d'amirauté. À ce titre, elle constitue une reconnaissance légale du droit maritime canadien comme ensemble de règles de droit fédérales portant sur toute demande en matière maritime et d'amirauté. On ne saurait considérer ces matières comme ayant été figées par la *Loi d'amirauté, 1934*. Au contraire, les termes «maritime» et «amirauté» doivent être interprétés dans le contexte moderne du commerce et des expéditions par eau.

Ces remarques répondaient directement à l'opinion exprimée par le juge Le Dain dans l'arrêt *Domestic Converters*, à la p. 244, selon laquelle il «serait contraire à toute la tradition en matière de compétence en amirauté sur les délits maritimes de conclure qu'un délit commis à terre est une affaire maritime». À cet égard, elles étaient conformes à l'évolution de la propre pensée du juge Le Dain sur ces questions, comme il l'a énoncé clairement lorsque la Cour d'appel fédérale a été saisie de l'affaire *ITO* et qu'il est alors revenu sur l'opinion qu'il avait exprimée au sujet de la question de la compétence dans l'affaire *Domestic Converters*: voir l'arrêt *Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.*, [1982] 1 C.F. 406, aux pp. 416 à 418. Fait plus important encore, les remarques du juge McIntyre étaient essentielles à sa conclusion voulant que le fait que *ITO* n'ait pas placé le lot de calculatrices dans un entrepôt sûr après les avoir déchargées au port de Montréal constituait un délit relevant du droit maritime canadien. Si la compétence en matière de droit maritime de la Cour fédérale, et donc du Parlement, peut s'étendre aux délits commis au cours d'activités qui ont lieu à terre et sont suffisamment liées à la naviga-

directly engage in the activity of navigation on Canada's inland waterways.

The foregoing suggests that Parliament's jurisdiction over maritime law should be viewed as territorially co-extensive with its jurisdiction in respect of navigable waterways. This is consistent with McIntyre J.'s view in *ITO*, at p. 774, that "the ambit of Canadian maritime law is limited only by the constitutional division of powers in the *Constitution Act, 1867*", for as it has often been stated, Parliament's jurisdiction under s. 91(10) is to be broadly interpreted: see *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 S.C.R. 222, at p. 232, per Ritchie C.J.; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, supra, at pp. 312-13; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act* (the *Stevedoring* case), [1955] S.C.R. 529, at p. 535 per Kerwin C.J., at p. 541 per Taschereau J., at p. 548 per Rand J., at p. 559 per Kellock J., at p. 591 per Abbott J.; and *Triglav v. Terrasses Jewellers Inc.*, supra, at p. 289 per Chouinard J. It would also be consistent with my comments in *Chartwell*, speaking on this point for the Court, to the effect that the amalgam that was incorporated into this country as maritime law consisted of the legal principles which the Court of Admiralty applied in respect to matters that arose within the territorial limits of its jurisdiction, as well as those which the ordinary courts of common law applied to matters which, although of a maritime nature, arose beyond the ebb and flow of the tide; see pp. 695-96. Finally, the proposition that all tortious liability (and other forms of liability that fall within the ambit of Canadian maritime law) that arises as a result of the use of navigable waterways falls within the scope of federal maritime law is supported by the unanimous decision of this Court in *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206. There, the question was as to whether a provincially created small claims court had jurisdiction with respect to a claim for damages sustained by a ship's fishing nets that had become entangled with an unmarked gas well in Lake Erie, a provincial inland waterway. Speaking for the Court, I ventured to express the view, at p. 212,

tion ou aux expéditions par eau, elle doit sûrement s'étendre aux activités de ceux qui, comme l'intimé, se livrent directement à la navigation en empruntant les voies d'eau intérieures du Canada.

^a Ce qui précède laisse entendre qu'on devrait considérer que la compétence du Parlement en matière de droit maritime coïncide sur le plan territorial avec sa compétence à l'égard des voies d'eau navigables. Cette proposition est conforme à l'opinion exprimée par le juge McIntyre dans l'arrêt *ITO*, à la p. 774, et selon laquelle «l'étendue du droit maritime canadien n'est limitée que par le partage constitutionnel des compétences établi par la *Loi constitutionnelle de 1867*», car comme on l'a souvent dit, la compétence attribuée au Parlement en application du par. 91(10) doit être interprétée de façon libérale; voir les arrêts *Queddy River Driving Boom Co. v. Davidson* (1883), 10 R.C.S. 222, à la p. 232, le juge en chef Ritchie; *Montreal City v. Montreal Harbour Commissioners*, précité, aux pp. 312 et 313; *Reference re Industrial Relations and Disputes Act* (l'affaire des *Débardeurs*), [1955] R.C.S. 529, à la p. 535 le juge en chef Kerwin, à la p. 541 le juge Taschereau, à la p. 548 le juge Rand, à la p. 559 le juge Kellock, à la p. 591 le juge Abbott; et *Triglav c. Terrasses Jewellers Inc.*, précité, à la p. 289 le juge Chouinard.

^b Elle serait aussi conforme aux commentaires que j'ai faits sur ce point au nom de la Cour dans l'arrêt *Chartwell*, savoir que l'ensemble de règles qui a été incorporé aux lois du pays à titre de droit maritime était constitué des principes juridiques que la Cour d'amirauté appliquait à l'égard des différends relevant de sa compétence territoriale ainsi que des principes que les tribunaux ordinaires de common law suivaient dans les litiges qui, bien que de nature maritime, concernaient des faits ayant eu lieu au-delà de l'aire de flux et de reflux; voir pp. 695 et 696. Enfin, la proposition voulant que toute responsabilité délictuelle (et toute autre forme de responsabilité ressortissant au droit maritime canadien) fondée sur l'utilisation des voies d'eau navigables relève du domaine du droit maritime fédéral est appuyée par l'arrêt unanime de notre Cour *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206. Dans cette affaire, il s'agissait de décider si une cour des petites créances créée par une pro-

that I had no doubt that the incident fell under the "broad purview of admiralty law". While this assessment was technically *obiter*, it accorded with a number of lower court authorities, all of which dealt with the question of whether provincial superior courts had any jurisdiction in respect of accidents on inland waterways, and all of which approached that question on the basis that any such jurisdiction would be concurrent with that of the federal Exchequer Court: see *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305 (Ont. S.C.); *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925 (N.S.S.C.); *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625 (Alta. S.C.); *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry* (1967), 59 W.W.R. 622 (Man. Q.B. in Chambers); *Harvey v. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74 (Q.B.). That view would only be tenable if the liability arising from such accidents was a matter of federal maritime or admiralty law.

Quite apart from judicial authority, the very nature of the activities of navigation and shipping, at least as they are practised in this country, makes a uniform maritime law which encompasses navigable inland waterways a practical necessity. Much of the navigational and shipping activity that takes place on Canada's inland waterways is closely connected with that which takes place within the traditional geographic sphere of maritime law. This is most obviously the case when one looks to the Great Lakes and the St. Lawrence Seaway, which are to a very large degree an extension, or alternatively the beginning, of the shipping lanes by which this country does business with the world. But it is also apparent when one looks to the many smaller rivers and waterways that serve as ports of call for ocean going vessels and as the points of departure for some of Canada's most important exports. This is undoubtedly one of the considerations that led the courts of British North America to rule that the public-right

vince était compétente à l'égard d'une réclamation relative aux dommages causés au chalut d'un navire qui s'était emmêlé dans un puits de gaz non balisé sur le lac Érié, qui est une voie d'eau navigable provinciale. Au nom de la Cour, je me suis hasardé à mentionner (à la p. 212) que je ne doutais nullement que l'incident relève «du vaste domaine du droit en matière d'amirauté». Bien qu'incidente, à proprement parler, cette opinion était conforme à certaines décisions de tribunaux d'instance inférieure qui, toutes, portaient sur la question de savoir si les cours supérieures provinciales étaient compétentes à l'égard des accidents survenant sur les voies d'eau intérieures et abordaient la question sur le fondement qu'une telle compétence serait concurrente avec celle de la Cour de l'Échiquier, devenue depuis la Cour fédérale; voir *Shipman v. Phinn* (1914), 19 D.L.R. 305 (C.S. Ont.); *Smith v. Fecampois*, [1929] 2 D.L.R. 925 (C.S.N.-É.); *Horne v. Krezan, Shamlock and Young* (1955), 14 W.W.R. 625 (C.S. Alb.); *Pile Foundations Ltd. v. Selkirk Silica Co. and Perry* (1967), 59 W.W.R. 622 (B.R. Man., en chambre); *Harvey v. Tarala* (1977), 6 Sask. R. 74 (B.R.). Cette opinion ne pourrait être soutenue que si la responsabilité découlant de tels accidents est une question de droit maritime fédéral ou d'amirauté.

Mise à part la jurisprudence, la nature même des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau, du moins telles qu'elles sont exercées ici, fait que des règles de droit maritime uniformes s'appliquant aux voies navigables intérieures sont nécessaires en pratique. La plupart des activités relatives à la navigation et aux expéditions par eau ayant lieu sur les voies navigables intérieures du Canada sont étroitement liées avec celles qui sont exercées dans la sphère géographique traditionnelle du droit maritime. Cela est particulièrement évident lorsque l'on considère les Grands Lacs et la Voie maritime du Saint-Laurent, qui sont dans une très large mesure une extension, sinon le commencement, des voies de transport maritime grâce auxquelles le pays fait du commerce avec le monde. Mais cela est également manifeste lorsque l'on examine les nombreux fleuves, rivières et voies d'eau moins importants qui servent de port d'escale aux océaniques et de point de départ pour quelques-unes des plus importantes

of navigation, in contradistinction to the English position, extended to all navigable rivers regardless of whether or not they were within the ebb and flow of the tide; see *inter alia*, *In re Provincial Fisheries* (1895), 26 S.C.R. 444; see also my book, *Water Law in Canada: the Atlantic Provinces* (1973), at pp. 178-79, where the jurisprudence is summarized. It probably also explains why the Fathers of Confederation thought it necessary to assign the broad and general power over navigation and shipping to the central rather than the provincial governments, and why the courts quickly accepted that this power extended to the regulation of navigation on inland waterways, provided they were in fact navigable; see *Attorney-General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153; *Booth v. Lowery* (1917), 54 S.C.R. 421. For it would be quite incredible, especially when one considers that much of maritime law is the product of international conventions, if the legal rights and obligations of those engaged in navigation and shipping arbitrarily changed as their vessels crossed the point at which the water ceased or, as the case may be, commenced to ebb and flow. Such a geographic divide is, from a division of powers perspective, completely meaningless, for it does not indicate any fundamental change in the use to which a waterway is put. In this country, inland navigable waterways and the seas that were traditionally recognized as the province of maritime law are part of the same navigational network, one which should, in my view, be subject to a uniform legal regime.

I think it obvious that this need for legal uniformity is particularly pressing in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation. As is apparent from even a cursory glance at any standard

exportations du Canada. C'est à n'en pas douter l'une des considérations qui ont amené les tribunaux de l'Amérique du Nord britannique à décider que le droit public de navigation, contrairement à ce que prétendaient les Anglais, s'étend à tous les fleuves et rivières navigables, peu importe qu'ils soient ou non à l'intérieur de l'aire de flux et de reflux; voir notamment, *In re Provincial Fisheries* (1895), 26 R.C.S. 444; voir aussi mon ouvrage intitulé *Water Law in Canada: the Atlantic Provinces* (1973), aux pp. 178 et 179, dans lequel la jurisprudence est résumée. Cela explique probablement aussi pourquoi les Pères de la Confédération ont estimé nécessaire d'attribuer le pouvoir général sur la navigation et les expéditions par eau au gouvernement central plutôt qu'à celui des provinces, et pourquoi les tribunaux ont rapidement accepté que ce pouvoir s'étendait à la réglementation de la navigation sur les voies d'eau intérieures, à la condition qu'elles soient navigables dans les faits; voir *Attorney-General for Canada v. Attorneys-General for Ontario, Quebec and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700; *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153; *Booth v. Lowery* (1917), 54 R.C.S. 421. Car il serait assez incroyable, surtout lorsque l'on pense que bon nombre des règles de droit maritime sont le produit de conventions internationales, que les droits et obligations juridiques de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau changent de façon arbitraire au moment où leurs navires arrivent à l'endroit où l'eau cesse ou commence, selon le cas, à être soumise à la marée. Une telle division géographique est, sur le plan de la répartition des compétences, complètement dénuée de sens, car elle ne traduit aucun changement fondamental dans l'utilisation d'une voie d'eau. Au Canada, les voies navigables intérieures et les mers traditionnellement reconnues comme relevant du droit maritime font partie du même réseau de navigation, lequel devrait, selon moi, être assujéti à un régime juridique uniforme.

J'estime qu'il est évident que cette nécessité d'une uniformité juridique est particulièrement pressante dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation. Comme il ressort clairement même

text in shipping or maritime law, the existence and extent of such liability falls to be determined according to a standard of "good seamanship" which is in turn assessed by reference to navigational "rules of the road" that have long been codified as "collision regulations"; see Fernandes, *Boating Law of Canada* (1989), at pp. 61-105; Gaskell, Debattista and Swatton, *Chorley & Giles' Shipping Law* (1987), at p. 365 and at pp. 369-374; and, for example, the decisions of this Court in *The "Lionel" v. The "Manchester Merchant"*, [1970] S.C.R. 538, and in *Stein v. The "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802. It seems to me to be self-evident that the level of government that is empowered to enact and amend these navigational "rules of the road" must also have jurisdiction in respect of the tortious liability to which those rules are so closely related. So far as I am aware, Parliament's power to enact collision regulations has never been challenged; nor, as far as I can tell, has it ever been contended that these regulations do not apply to vessels on inland waterways. They are in fact routinely applied to determine the tortious liability of such vessels; see the cases cited in Fernandes, *op. cit.*, at pp. 61-105. It follows that the tortious liability of the owners and operators of these vessels should be regarded as a matter of maritime law that comes within the ambit of Parliament's jurisdiction in respect of navigation and shipping.

The relevance of these observations to the present appeal is that they demonstrate that the subsidiary argument of counsel for the appellant, to the effect that if ss. 647 and 649 are not entirely invalid, they are invalid to the extent that they apply to liability arising from the operation of pleasure craft such as the *Calrossie*, cannot be sustained. This argument is based on the assumption that ss. 647 and 649 are within Parliament's jurisdiction over navigation and shipping solely because of the role these activities have historically played in encouraging investment in the merchant marine. But once it is recognized that the constitutional basis of the impugned provisions is Parliament's jurisdiction in respect of the underlying

d'un examen rapide des textes de base sur les expéditions par eau ou le droit maritime, l'existence et l'étendue d'une telle responsabilité doivent être déterminées selon «les règles d'une bonne navigation» lesquelles, à leur tour, sont jugées par renvoi aux «règles de barre et de route» pour la navigation qui sont codifiées depuis longtemps dans le règlement sur les abordages; voir Fernandes, *Boating Law of Canada* (1989), aux pp. 61 à 105; Gaskell, Debattista et Swatton, *Chorley & Giles' Shipping Law* (1987), à la p. 365 et aux pp. 369 à 374; et, par exemple, les arrêts *Le «Lionel» c. Le «Manchester Merchant»*, [1970] R.C.S. 538, et *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802. Il me semble évident que le palier de gouvernement habilité à édicter et à modifier ces «règles de barre et de route» pour la navigation doit aussi être compétent à l'égard de la responsabilité délictuelle à laquelle ces règles sont si intimement liées. Que je sache, le pouvoir du Parlement de prendre un règlement sur les abordages n'a jamais été contesté et, à ma connaissance, on n'a jamais prétendu que ce règlement ne s'appliquait pas aux bâtiments qui empruntent les voies navigables intérieures. En fait, ses dispositions servent de façon régulière à déterminer la responsabilité délictuelle de ces bâtiments; voir la jurisprudence citée dans l'ouvrage de Fernandes, *op. cit.*, aux pp. 61 à 105. Il s'ensuit que la responsabilité délictuelle des propriétaires et exploitants de ces navires devrait être considérée comme une question de droit maritime relevant de la compétence du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau.

Ces remarques sont pertinentes en l'espèce parce qu'elles démontrent qu'il est impossible de retenir l'argument subsidiaire de l'avocat de l'appellant voulant que, si les art. 647 et 649 ne sont pas complètement invalides, ils le sont du moins dans la mesure où ils s'appliquent à la responsabilité découlant de l'exploitation d'un bateau de plaisance comme le *Calrossie*. Cette prétention est fondée sur l'hypothèse voulant que les art. 647 et 649 relèvent de la compétence du Parlement en matière de navigation et d'expéditions par eau uniquement en raison du rôle historique joué par ces activités dans la promotion de l'investissement dans la marine marchande. Cependant, si l'on reconnaît que le fondement constitutionnel des

tort, their functional rationale becomes irrelevant to a determination of their permissible constitutional scope. And I think it is clear that Parliament must, as a matter of practical necessity, have jurisdiction in respect of the tortious liability of pleasure craft as well as that of commercial vessels. It may be the case that pleasure craft and commercial vessels will to some degree operate in different geographic spheres, the former predominating on many bodies of inland water and the latter predominating on waterways that come within the traditional domain of maritime law. But it follows from what I have said above as to the commercial use of inland waterways that the two types of vessels will in many circumstances share what I described as the "same navigational network". This is the case not only because commercial vessels regularly ply the inland waterways but also because the phrase "pleasure craft" encompasses everything from the small motor boat to large ocean-going yachts. What I have said above as to the connection between tortious liability for negligent navigation and the navigational rules of the road comprised in the collision regulations would be just as applicable to the meeting of a pleasure craft and a commercial ship as it would be to the meeting of two commercial ships. In my view it follows that the tortious liability of pleasure craft for negligent navigation must be regarded as within the purview of Canadian maritime law and federal legislative jurisdiction. This conclusion is supported by modern texts on boating and maritime law, which make no distinction between pleasure craft and commercial ships in discussing either liability for collisions or its limitation; see Fernandes, *op. cit.*, at pp. 61-105, at pp. 113-17 and at pp. 119-61, and Gaskell, Debattista and Swatton, *op. cit.*, at pp. 365-92 and at p. 397. It is also supported by a number of decisions in which ss. 647 and 649, or their English counterparts, have been routinely applied, apparently without objection, to accidents involving pleasure craft; see *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441; *Coldwell-Horsfall v. West Country Yacht Charters Ltd. (The Annie Hay)*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 141 (Adm. Div.); *Walithy Charters Ltd. v. Doig* (1979), 15 B.C.L.R. 45 (S.C.); *The Alastor*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 581 (C.A.); and *Chamber-*

dispositions contestées est la compétence du Parlement à l'égard du délit sous-jacent, leur justification fonctionnelle n'a plus d'incidence sur la détermination de leur portée constitutionnelle acceptable. Et je pense qu'il est évident que le Parlement doit, par nécessité pratique, être compétent en matière de responsabilité délictuelle à l'égard des bateaux de plaisance comme des navires commerciaux. Il se peut que les bateaux de plaisance et les navires commerciaux soient utilisés dans une certaine mesure dans des sphères géographiques différentes, les premiers dominant sur de nombreuses étendues d'eau intérieures et les seconds sur les voies d'eau relevant traditionnellement du droit maritime. Mais il ressort de ce que j'ai déjà dit au sujet de l'utilisation commerciale des voies navigables intérieures que les deux types de navires partageront souvent ce que j'ai appelé le «même réseau de navigation». Il en est ainsi non seulement parce que les navires commerciaux empruntent régulièrement les voies navigables intérieures mais aussi parce que l'expression «bateau de plaisance» englobe tout, du petit bateau à moteur au yacht de haute mer. Ce que j'ai dit précédemment au sujet du lien entre la responsabilité délictuelle fondée sur la conduite négligente des navires et les règles de barre et de route de la navigation qui font partie des règles sur les abordages serait tout aussi applicable à un abordage entre un bateau de plaisance et un navire commercial qu'à un abordage entre deux navires commerciaux. À mon avis, il s'ensuit que la responsabilité délictuelle découlant de l'exploitation négligente d'un bateau de plaisance doit être considérée comme relevant du domaine du droit maritime canadien et de la compétence législative fédérale. Cette conclusion est appuyée par les auteurs modernes sur la navigation de plaisance et le droit maritime qui n'établissent pas de distinction entre les bateaux de plaisance et les navires commerciaux en ce qui concerne la responsabilité pour abordage ou sa limitation: voir Fernandes, *op. cit.*, aux pp. 61 à 105, aux pp. 113 à 117 et aux pp. 119 à 161 et Gaskell, Debattista et Swatton, *op. cit.*, aux pp. 365 à 392 et à la p. 397. Elle est également étayée par un certain nombre de décisions dans lesquelles les art. 647 et 649, ou leur équivalent anglais, ont été appliqués régulièrement, apparem-

land v. Fleming (1984), 12 D.L.R. (4th) 688 (Alta. Q.B.).

The inclusion of pleasure craft within the ambit of maritime law gains further support, by way of analogy, from the jurisprudence on the federal government's jurisdiction over aeronautics. Once Canadian waters are conceived of as a single navigational network, it becomes clear that the activity of navigation is very akin to the activity of aeronautics, and it seems to me that the factual similarity should lead to similar constitutional treatment. In *Johannesson v. Municipality West St. Paul*, [1952] 1 S.C.R. 292, this Court ruled that aeronautics was a distinct legislative matter that came within Parliament's power to make laws for the "peace, order and good government of Canada". This was because it was a matter that went "beyond local or provincial concern or interests and must from its inherent nature be the concern of the Dominion as a whole". As such, it satisfied the test espoused in *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, at p. 205. As pointed out by Professor Hogg, *dicta* in both *Johannesson* and the earlier Privy Council decision of *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada (The Aeronautics Reference)*, [1932] A.C. 54, suggested that federal jurisdiction over aeronautics extended to intraprovincial as well as interprovincial aeronautics, and the Court of Appeal for British Columbia quickly ruled to this effect; see *Jorgenson v. North Vancouver Magistrates* (1959), 28 W.W.R. 265, and Hogg, *op. cit.*, at p. 496. Professor Hogg goes on to suggest that "the most plausible reason for subjecting local airlines to the same regime as the interprovincial and international airlines is the fact that both kinds of carriers share the same airspace and ground facilities, so that

ment sans opposition, à des accidents concernant des bateaux de plaisance; voir *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441; *Coldwell-Horsfall v. West Country Yacht Charters Ltd. (The Annie Hay)*, [1968] 1 Lloyd's Rep. 141 (Div. adm.); *Walithy Charters Ltd. v. Doig* (1979), 15 B.C.L.R. 45 (C.S.); *The Alastor*, [1981] 1 Lloyd's Rep. 581 (C.A.); et *Chamberland v. Fleming* (1984), 12 D.L.R. (4th) 688 (B.R. Alb.).

L'assujettissement des bateaux de plaisance au domaine du droit maritime est encore appuyé, par voie d'analogie, par la jurisprudence sur la compétence du gouvernement fédéral en matière d'aéronautique. Si l'on considère que les eaux canadiennes forment un seul réseau de navigation, il devient évident que la navigation est très apparentée à l'aéronautique, et il me semble que la similitude des faits devrait conduire à un traitement constitutionnel similaire. Dans l'arrêt *Johannesson v. Municipality of West St. Paul*, [1952] 1 R.C.S. 292, notre Cour a statué que l'aéronautique constituait une matière législative distincte relevant du pouvoir du Parlement de légiférer pour «la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada». C'est que la question dépassait [TRADUCTION] «les préoccupations ou les intérêts locaux ou provinciaux et d[evait], par sa nature même, constituer une préoccupation pour le Dominion dans son ensemble». À ce titre, elle satisfait au critère adopté dans l'arrêt *Attorney-General for Ontario v. Canada Temperance Federation*, [1946] A.C. 193, à la p. 205. Comme l'a fait remarquer le professeur Hogg, des opinions incidentes exprimées tant dans l'arrêt *Johannesson* que dans l'arrêt *In re Regulation and Control of Aeronautics in Canada (The Aeronautics Reference)*, [1932] A.C. 54, rendu antérieurement par le Conseil privé, donnaient à penser que la compétence fédérale en matière d'aéronautique s'étendait aux activités ayant lieu dans la province comme aux activités interprovinciales, et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rapidement tranché en ce sens; voir *Jorgenson v. North Vancouver Magistrates* (1959), 28 W.W.R. 265, et Hogg, *op. cit.*, à la p. 496. Le professeur Hogg ajoute que [TRADUCTION] «la raison la plus plausible d'assujettir les lignes aériennes locales au même régime que les lignes aériennes interprovinciales et internationales

their operations are necessarily closely integrated”; op. cit., at p. 496.

In my view, this interpretation of the jurisprudence on federal aeronautics jurisdiction is directly applicable to the case at bar and the question it raises as to the scope of Parliament’s jurisdiction over maritime law. What Professor Hogg says of local airlines and interprovincial and international airlines can, with appropriate modifications, equally be said of pleasure craft and commercial ships — they share the same waterways and (in many cases) the same port facilities “so that their operations are necessarily closely integrated”. This integration points to the need for a uniform regulatory and legal regime in the case of navigation and shipping as much as it does in the case of aeronautics. It points, in other words, to the need for a broad reading of the relevant head of federal jurisdiction. I would think that if this need can be accommodated in respect of aeronautics, which comes within Parliament’s narrowly interpreted power to legislate for the “peace order and good government” of Canada, it can surely be accommodated in respect of the activities that come within Parliament’s jurisdiction over navigation and shipping since, as I pointed out earlier, that head of power has always been broadly interpreted.

The foregoing is a sufficient basis upon which to find ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act* to be *intra vires* Parliament’s jurisdiction over navigation and shipping. Whatever tortious liability may be imposed on the respondent as a result of the grounding of the *Calrossie* arises under federal maritime law, and not the ordinary and generally applicable law of negligence. It follows that it is a tortious liability that Parliament can validly limit.

est le fait que les deux types de transporteurs partagent le même espace aérien et les mêmes installations au sol, ce qui fait que leurs opérations sont nécessairement étroitement intégrées»; op. cit., p. 496.

À mon avis, cette interprétation de la jurisprudence sur la compétence fédérale en matière d’aéronautique est directement applicable en l’espèce et à la question qu’elle soulève au sujet de l’étendue de la compétence du Parlement en matière de droit maritime. Le parallèle établi par le professeur Hogg entre les lignes aériennes locales et les lignes aériennes interprovinciales et internationales peut, avec les modifications qui s’imposent, s’appliquer également aux bateaux de plaisance et aux navires commerciaux — ils partagent les mêmes voies d’eau et (souvent) les mêmes installations portuaires «ce qui fait que leurs opérations sont nécessairement étroitement intégrées». Cette intégration fait ressortir la nécessité d’un régime juridique et réglementaire uniforme en matière de navigation et d’expéditions par eau tout autant qu’en matière d’aéronautique. En d’autres termes, elle met en lumière la nécessité d’interpréter de manière libérale le domaine de compétence fédérale pertinent. Je pense que si cette nécessité peut être reconnue en aéronautique, matière relevant du pouvoir de légiférer pour la «paix, l’ordre et le bon gouvernement» du Canada, lequel est interprété de façon restrictive, elle peut certainement être reconnue à l’égard d’activités ressortissant au Parlement en matière de navigation et d’expéditions par eau puisque, comme je l’ai déjà fait remarquer, ce domaine de compétence a toujours fait l’objet d’une interprétation libérale.

Les motifs qui précèdent suffisent pour conclure que les art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* sont dans les limites du pouvoir du Parlement en matière de navigation et d’expéditions par eau. Toute responsabilité délictuelle pouvant être imputée à l’intimé à la suite de l’échouage du *Calrossie* est fondée sur le droit maritime fédéral et non sur les règles de droit ordinaires et applicables en général en matière de négligence. Il s’agit donc d’une responsabilité délictuelle que le Parlement peut à bon droit limiter.

I would add that I do not regard this conclusion as in any way inconsistent with this Court's decision in *Clark v. Canadian National Railway Co.* As counsel for the appellant points out, the Court there ruled that s. 342(1) of the *Railway Act*, R.S.C. 1970, c. R-2, which provided for a two-year prescription period in respect of "[a]ll actions or suits for indemnity for any damages or injury sustained by reason of the construction or operation of the railway", was *ultra vires*. It is significant, however, that the Court qualified this ruling by cautioning, at p. 710, that different "considerations arise with reference to limitation periods enacted under other heads of federal power". It is also significant that the Court framed the issue in *Clark* in terms of whether the section was valid in so far as it purported to apply to an action for damages for personal injury arising under provincial law: see p. 695. As I have explained at some length, the tortious liability that the respondent seeks to limit by invoking ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act* is not one that (assuming it is found to arise at all) arises "under provincial law". Instead, it arises under the uniform body of federal law called "Canadian maritime law". Little more need be said to show that *Clark* and the present case are completely distinguishable. There is in Parliament's jurisdiction over railways (and other federal works and undertakings) nothing even remotely comparable to the body of maritime law that is a central feature of its jurisdiction over navigation and shipping. The tortious liability of those who own and operate railways, unlike that of those engaged in navigation and shipping generally, falls to be determined according to the ordinary and generally applicable law of negligence — that is, according to "provincial law".

It is worth noting that this juridical difference accords with an important difference in the degree

J'aimerais ajouter que je ne tiens d'aucune façon cette conclusion pour incompatible avec l'arrêt de notre Cour *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*. Comme l'a fait remarquer l'avocat de l'appellant, la Cour a statué dans cet arrêt que le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer*, S.R.C. 1970, ch. R-2, qui prévoyait un délai de prescription de deux ans à l'égard de «[t]outes les actions ou poursuites en indemnité pour dommages ou torts subis du fait de la construction ou de la mise en service du chemin de fer», était *ultra vires*. Cependant, il est révélateur que la Cour ait assorti cette décision de réserves en précisant, à la p. 710, que d'autres «considérations . . . sont à l'origine des délais de prescription adoptés dans d'autres domaines de compétence fédérale». Il est également significatif que la Cour ait formulé le point en litige dans l'arrêt *Clark* en se demandant si l'article était valide dans la mesure où il visait à s'appliquer à une action en dommages-intérêts pour blessures fondée sur une loi provinciale: voir p. 695. Comme je l'ai déjà expliqué assez longuement, la responsabilité délictuelle que l'intimé cherche à limiter en invoquant les art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (dans l'hypothèse où l'on conclut à l'existence d'une telle responsabilité) n'est pas fondée «sur une loi provinciale». Elle est plutôt fondée sur un ensemble de règles de droit fédérales uniformes appelé «droit maritime canadien». Il n'est pas nécessaire d'en dire davantage pour montrer que l'arrêt *Clark* et la présente espèce sont complètement distincts. La compétence du Parlement en matière de chemins de fer (et autres travaux et entreprises de nature fédérale) n'a aucun trait même vaguement comparable avec l'ensemble des règles du droit maritime qui constitue la principale caractéristique de sa compétence en matière de navigation et d'expéditions par eau. La responsabilité délictuelle des propriétaires et exploitants de chemins de fer, contrairement à celle de ceux qui se livrent à la navigation et aux expéditions par eau en général, est déterminée selon les règles de droit ordinaires et généralement applicables en matière de négligence, c'est-à-dire selon la «loi provinciale».

Il est intéressant de noter que cette distinction juridique est conforme à l'importante différence

to which boating or shipping and railways pose a threat to the safety of the broader community. The negligent conduct of those involved in navigation and shipping, or of those involved in navigation only, will usually pose a threat only to those who are also involved in those activities. In contrast, negligence in the operation of railways will often jeopardize the personal safety and property of those who live in the communities through which railway lines cross or who use highways intersected by railway lines, a fact the Court recognized in *Clark*, at p. 709, by characterizing s. 342(1) of the *Railway Act* as an “attempt to reframe for the benefit of railway undertakings the general legal environment of property and civil rights in which these undertakings function in common with other individuals and enterprises”. This means that, while there is much sense and even justice in the maintenance of a separate regime of tort law for those who engage in navigation or navigation and shipping, such a regime would, in the case of railways, make little sense and be productive of great injustice, as the case of *Clark* itself amply demonstrates. These considerations put ss. 647 and 649 of the *Canada Shipping Act* and what was s. 342(1) of the *Railway Act* on totally different footings.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Russell & DuMoulin, Vancouver.

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

qui oppose la navigation de plaisance ou la marine marchande et les chemins de fer en ce qui concerne la sécurité de l'ensemble de la collectivité. La conduite négligente de ceux qui s'occupent de navigation et d'expéditions par eau, ou de ceux qui se livrent à la navigation seulement, constituera ordinairement une menace seulement pour ceux qui exercent ces activités. Au contraire, l'exploitation négligente des chemins de fer mettra souvent en danger la sécurité des personnes et des biens qui se trouvent dans les collectivités à travers lesquelles passent les voies ferrées ou celle des particuliers qui empruntent les routes traversées par des voies de chemin de fer, ce que reconnaît l'arrêt *Clark*, à la p. 709, dans lequel le par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* est qualifié de «tentative de restructuration, à l'avantage des entreprises de chemins de fer, du cadre juridique général qui entoure la propriété et les droits civils et dans lequel ces entreprises évoluent tout comme d'autres individus et entreprises». Cela veut dire que, s'il est très logique et même équitable de maintenir un régime distinct en ce qui concerne les règles du droit de la responsabilité délictuelle à l'égard de ceux qui se livrent à la navigation ou à la navigation et aux expéditions par eau, un tel régime serait, dans le cas des chemins de fer, dénué de sens et source de grande injustice, comme le démontre amplement l'affaire *Clark* elle-même. Ces considérations mettent les art. 647 et 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* et les dispositions de l'ancien par. 342(1) de la *Loi sur les chemins de fer* sur des plans totalement différents.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Edwards, Kenny & Bray, Vancouver.

Procureurs des intimés: Russell & DuMoulin, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Richard F. Chaloner, Toronto.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

**Robert Matthew Chaulk and Francis Darren
Morrissette** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

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

INDEXED AS: R. v. CHAULK

File Nos.: 21012, 21035.

1990: May 29, 30; 1990: December 20.

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

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-
tion of innocence — Accused presumed sane until con-
trary is proved — Insanity to be proved by accused on
balance of probabilities — Whether s. 16(4) of Criminal
Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights
and Freedoms — If so, whether s. 16(4) justifiable
under s. 1 of Charter.*

*Criminal law — Defences — Insanity — Person
insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from
disease of the mind rendering him incapable of knowing
act is wrong — Meaning of word "wrong" in s. 16(2) of
Code.*

*Criminal law — Defences — Insanity — Delusions
— Whether s. 16(3) of Criminal Code constitutes
independent insanity defence — Whether trial judge's
instructions to jury adequate.*

*Evidence — Rebuttal evidence — Crown adducing
evidence of accused's sanity in rebuttal — Whether
evidence of accused's sanity should have been adduced
by Crown as part of its case-in-chief.*

* Chief Justice at the time of hearing.
** Chief Justice at the time of judgment.

**Robert Matthew Chaulk et Francis Darren
Morrissette** *Appellants*

c.

^a **Sa Majesté la Reine** *Intimée*

et

^b **Le procureur général du Canada, le procureur
général de l'Ontario, le procureur général du
Québec, le procureur général du
Nouveau-Brunswick et le procureur général
de l'Alberta** *Intervenants*

^c RÉPERTORIÉ: R. c. CHAULK

N^{os} du greffe: 21012, 21035.

1990: 29, 30 mai; 1990: 20 décembre.

^d Présents: Le juge en chef Dickson *, le juge en chef
Lamer ** et les juges Wilson, La Forest,
L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et
McLachlin.

^e *Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-
somp-tion d'innocence — Accusé présumé sain d'esprit
jusqu'à preuve du contraire — Obligation de l'accusé
de prouver l'aliénation mentale selon une prépondé-
rance des probabilités — L'article 16(4) du Code crimi-
nel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des
droits et libertés? — Dans l'affirmative, l'art. 16(4)
est-il justifiable en vertu de l'article premier de la
Charte?*

^g *Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation
mentale — Une personne est aliénée en vertu de l'art.
16(2) du Code criminel si elle est atteinte d'une maladie
mentale qui la rend incapable de savoir qu'un acte est
mauvais — Sens du mot «mauvais» à l'art. 16(2) du
Code.*

^h *Droit criminel — Moyens de défense — Aliénation
mentale — Idées délirantes — L'article 16(3) du Code
criminel constitue-t-il un moyen de défense distinct
d'aliénation mentale? — Les directives du juge du
procès étaient-elles adéquates?*

ⁱ *Preuve — Contre-preuve — Présentation de contre-
preuve par le ministère public pour établir que les
accusés sont sains d'esprit — La preuve relative à la
santé mentale des accusés aurait-elle dû être présentée
dans la preuve principale du ministère public?*

* Juge en chef à la date de l'audition.
** Juge en chef à la date du jugement.

The appellants were convicted of first degree murder. The only defence raised at trial was insanity, but this defence was rejected by the jury. The Court of Appeal upheld the conviction. This appeal is to determine (1) whether s. 16(4) of the *Criminal Code*, which provides that "[e]very one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane", infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and, if so, whether s. 16(4) is justifiable under s. 1 of the *Charter*; (2) whether the meaning of the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* should be restricted to "legally wrong"; (3) whether s. 16(3) of the *Code* provides an alternative defence if the conditions of s. 16(2) are not met; and (4) whether the trial judge erred in permitting the Crown to split its case by presenting its evidence with respect to the sanity of the appellants in rebuttal.

Held (L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Presumption of Sanity/Presumption of Innocence*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Sopinka and Cory JJ.: The insanity defence under s. 16 of the *Code* should be characterized as an exemption from criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. This claim for an exemption will usually be manifested under s. 16 either as a denial of *mens rea* in the particular case or as an excuse for what would otherwise be a criminal offence.

Section 16(4) of the *Code* infringes the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter*. The real concern under s. 11(d) is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but whether an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence. Accordingly, it is the final effect of the impugned provision on the verdict that is decisive. Whether the claim of insanity is characterized as a denial of *mens rea*, an excusing defence or, more generally, an exemption based on criminal incapacity, s. 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proved by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, the section requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities. Section 16(4) therefore violates the presumption of innocence because

Les appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Le seul moyen de défense invoqué au procès a été l'aliénation mentale, mais le jury a rejeté ce moyen de défense. La Cour d'appel a confirmé leur déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si le par. 16(4) du *Code criminel* qui prévoit que «[j]usqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit» viole la présomption d'innocence consacrée par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; et, dans l'affirmative, si le par. 16(4) est susceptible de justification en vertu de l'article premier de la *Charte*; (2) si le sens du mot «mauvais» au par. 16(2) du *Code* doit se limiter à celui de «légalement mauvais»; (3) si le par. 16(3) du *Code* constitue un autre moyen de défense quand les conditions établies au par. 16(2) ne sont pas remplies; et (4) si le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de scinder la présentation de sa preuve en soumettant sa preuve sur la santé mentale des appelants en contre-preuve.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

(1) *Présomption que chacun est sain d'esprit/Présomption d'innocence*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka et Cory: La défense d'aliénation mentale prévue à l'art. 16 du *Code* doit être considérée comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. Cette demande d'exemption se traduira habituellement, sous le régime de l'art. 16, soit par une négation de la *mens rea* dans un cas particulier, soit par une excuse à l'égard de ce qui aurait autrement constitué une infraction criminelle.

Le paragraphe 16(4) du *Code* viole la présomption d'innocence garantie en vertu de l'al. 11d) de la *Charte*. La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément de preuve ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence. En conséquence, c'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Que l'allégation d'aliénation soit qualifiée de négation de la *mens rea*, de défense exonératoire ou, plus généralement, d'exemption fondée sur l'incapacité pénale, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, le paragraphe oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des pro-

it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. Finally, while the verdict under s. 16 is "not guilty by reason of insanity", the accused raising the s. 16 defence is seeking a "true acquittal" *vis-à-vis* the attachment of criminal culpability and is entitled to the presumption of innocence.

Section 16(4) of the *Code* constitutes a reasonable limit on the presumption of innocence. The objective of s. 16(4), which is a purely evidentiary section, is to avoid placing on the Crown the impossibly onerous burden of disproving insanity and to thereby secure the conviction of the guilty. This objective is of sufficient importance to warrant limiting a constitutionally protected right. The means chosen by the government are proportional to the objective. First, the presumption of sanity and the reverse onus embodied in s. 16(4) are rationally connected to the objective. Second, s. 16(4) impairs s. 11(d) as little as possible. To reduce the burden on the accused to a mere evidentiary burden would not achieve the objective as effectively. While s. 16 is seldom raised, given the substantial constraint on liberty which follows a successful insanity plea, if insanity were easier for an accused to establish, the defence would be successfully invoked more often. Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting the objective, but it has chosen from a range of means which impair s. 11(d) as little as is reasonably possible. It is not the role of this Court to second-guess the wisdom of policy choices made by Parliament. Third, there is proportionality between the effects of the measure and the objective. The burden on the accused is not the full criminal burden; rather, the accused is required to prove his insanity on a balance of probabilities. Section 16(4) represents a compromise of three important societal interests: avoiding a virtually impossible burden on the Crown; convicting the guilty; and acquitting those who truly lack the capacity for criminal intent. The alternatives to this compromise raise their own *Charter* problems and give no guarantee as to whether they will achieve the objective.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The insanity provisions of the *Code* relate to the basic preconditions for criminal responsibility rather than to

babilités. Le paragraphe 16(4) viole donc la présomption d'innocence parce qu'il permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Enfin, bien que le verdict prononcé en conformité de l'art. 16 en soit un de «non culpabilité pour cause d'aliénation mentale», l'accusé qui invoque le moyen de défense prévu à l'art. 16 recherche en réalité un «acquittement véritable» pour nier la responsabilité criminelle et il a droit à la présomption d'innocence.

Le paragraphe 16(4) du *Code* est une limite raisonnable à la présomption d'innocence. Le paragraphe 16(4) est une pure règle de preuve dont l'objectif est d'éviter d'imposer au ministère public la charge écrasante de prouver l'inexistence de l'aliénation afin d'obtenir une déclaration de culpabilité. Cet objectif est suffisamment important pour justifier la restriction d'un droit protégé par la Constitution. Les moyens choisis par le gouvernement sont proportionnels à l'objectif. Premièrement, la présomption que chacun est sain d'esprit et le renversement de la charge de la preuve établis au par. 16(4) sont rationnellement liés à l'objectif. Deuxièmement, le par. 16(4) porte aussi peu que possible atteinte à l'al. 11d). Réduire le fardeau de preuve imposé à l'accusé à un simple fardeau de présentation ne remplirait pas l'objectif aussi efficacement. Bien que l'art. 16 soit rarement invoqué, compte tenu de la restriction substantielle à la liberté consécutive au maintien du plaider d'aliénation, ce moyen de défense serait utilisé avec succès plus fréquemment. Le Parlement n'a peut-être pas choisi le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais il a choisi parmi une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à l'al. 11d). Il n'appartient pas à notre Cour d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur. Troisièmement, il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et son objectif. Le fardeau qui incombe à l'accusé n'est pas la charge pénale complète, mais bien celle de la prépondérance des probabilités. Le paragraphe 16(4) représente un compromis entre trois intérêts sociétaux importants: éviter qu'incombe au ministère public un fardeau quasi impossible à supporter, condamner les coupables et acquitter ceux dont la capacité de former une intention criminelle est véritablement déficiente. Les solutions de rechange à ce compromis soulèvent leurs propres problèmes au regard de la *Charte* et ne présentent aucune garantie quant à l'atteinte de l'objectif.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Les dispositions du *Code* relatives à l'aliénation mentale portent sur les conditions préalables à la responsabilité

essential elements or defences to criminal offences. The latter approach ignores the historical and philosophical origins of the fundamental precept of the criminal law system that the attribution of criminal responsibility and punishment is justifiable only for those who have the capacity to reason and choose between right and wrong. The accused must be sane before any consideration of the essential elements of the offence or exculpatory defences becomes relevant. This approach also violates the language of s. 16 of the *Code*, which refers to capacity for criminal responsibility rather than actual states of mind. It is at odds with the fact that insanity in s. 16 can be raised by the Crown in circumstances where neither the elements of the offence nor a defence are at issue. Further, it confuses true acquittal, the result of the absence of an essential element of an offence or the presence of a defence to it, with formal acquittal coupled with alternative coercive measures because mental impairment renders the imposition of true penal responsibility inappropriate.

The presumption of sanity in s. 16(4) of the *Code*, viewed as the fundamental precondition of criminal responsibility, does not offend the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Charter*, nor does it offend the fundamental notion of procedural fairness which underlies the procedural guarantees of the *Charter*. The presumption of sanity merely relieves the Crown from establishing that the accused has the capacity for choice which makes attribution of criminal responsibility and punishment justifiable. The Crown must still prove the accused's guilt — i.e., the *actus reus*, the *mens rea*, and the absence of exculpatory defences raised on the evidence — beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence reflects the fundamental precepts upon which our legal system and our *Charter* are based. There is no suggestion that the present system results in injustice. Accused persons appear to have no difficulty establishing insanity on a balance of probabilities where it exists.

Per Wilson J.: Section 16(4) of the *Code* infringes s. 11(d) of the *Charter*. The presumption of sanity requires the accused to establish his insanity on a balance of probabilities. However one conceives the plea of insanity, whether as an exemption, a defence, a justification or an excuse, the persuasive burden imposed on the accused by s. 16(4) permits him to be convicted of a

criminelle plutôt que sur les éléments essentiels des infractions criminelles ou sur les moyens de défense pertinents. Cette deuxième façon de voir ne tient pas compte des origines historiques et philosophiques du principe fondamental du système de droit criminel selon lequel l'attribution d'une responsabilité et l'imposition d'une peine criminelles ne peuvent se justifier que pour ceux qui ont la capacité de raisonner et de choisir entre le bien et le mal. L'accusé doit être sain d'esprit avant qu'on puisse tenir compte des éléments essentiels d'une infraction ou des moyens de défense exonérateurs. Une telle conception fait violence au libellé de l'art. 16 du *Code* qui parle de capacité de responsabilité criminelle plutôt que d'états d'esprit réels. Cette façon de voir est aussi en conflit avec le fait que l'aliénation mentale dont parle l'art. 16 peut être invoquée par la poursuite dans des circonstances où n'entrent en jeu ni les éléments de l'infraction, ni les moyens de défense. De plus, elle confond le véritable acquittement qui résulte de l'absence d'un élément essentiel de l'infraction ou de la présence d'un moyen de défense, avec l'acquittement formel accompagné de mesures coercitives de rechange puisque l'incapacité mentale rend inadéquate l'imposition d'une véritable responsabilité pénale.

La présomption que chacun est sain d'esprit au par. 16(4) du *Code*, considérée comme une condition préalable et fondamentale de la responsabilité criminelle, ne viole pas la présomption d'innocence consacrée par l'al. 11d) de la *Charte* ni la notion fondamentale de l'équité des procédures qui sous-tend les garanties procédurales de la *Charte*. La présomption que chacun est sain d'esprit dégage simplement le ministère public de l'obligation d'établir que l'accusé a la capacité de faire un choix rationnel qui justifie l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition d'une peine. Le ministère public doit encore prouver la culpabilité de l'accusé — c.-à-d. l'*actus reus* et la *mens rea* et l'absence de défense exonérateurs invoquées dans la preuve — hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence reflète les préceptes fondamentaux sur lesquels reposent notre système juridique et la *Charte*. On n'a pas soutenu que le système actuel comporte une injustice. Les accusés ne semblent n'avoir aucune difficulté à prouver l'aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités, lorsqu'elle est présente.

Le juge Wilson: Le paragraphe 16(4) du *Code* viole l'al. 11d) de la *Charte*. La présomption que chacun est sain d'esprit oblige l'accusé à démontrer son aliénation mentale selon la prépondérance des probabilités. Qu'on qualifie le plaidoyer d'aliénation mentale comme une exemption, un moyen de défense, une justification ou une excuse, le fardeau de persuasion qu'impose à l'ac-

crime notwithstanding a reasonable doubt as to his guilt. Under s. 11(d), it is the net effect of a reverse onus provision on the final guilt or innocence of the accused rather than the precise nature of the provision that must be examined.

Section 16(4) of the *Code* does not constitute a reasonable and demonstrably justified limit on the presumption of innocence under s. 1 of the *Charter*. The objective of s. 16(4) is to prevent perfectly sane persons who have committed crimes to escape criminal liability on tenuous insanity pleas. But nothing indicates that successfully fabricated insanity pleas have given rise to an existing pressing and substantial concern. While the legislature may not necessarily wait until such a concern has arisen, the Crown has not succeeded in establishing even a likelihood of its arising. The American experience does not support the contention that a lower standard of proof would result in more people being acquitted by reason of insanity. Further, several reports from Canada and other countries propose that the burden of proving insanity should be made an evidential one. This burden on the accused is seen as a sufficiently high threshold to prevent insanity pleas in cases where there is only tenuous support for such a plea.

In any event, s. 16(4) does not meet the proportionality test. It is rationally connected to the legislative objective but does not impair the accused's right to be presumed innocent as little as is reasonably possible. It is inappropriate in this case to apply the deferential standard of review on the "minimal impairment" issue. The government does not mediate between different groups but acts as the singular antagonist of a very basic legal right of the accused. The government's objective in this case could be met by imposing a purely evidentiary burden on the accused. The possibility of a successful feigned insanity plea diminishes as scientific knowledge about mental illness increases. The burden on the prosecution, while it would not be an easy one, would nevertheless not be an "impossible onerous burden". In the absence of s. 16(4) the onus would still be on the accused to adduce evidence that makes insanity a live issue fit and proper to be left to the jury. The burden on the Crown would then be to remove any doubt in the jury's mind as to the presence of any of the elements of insanity as set out in ss. 16(2) and 16(3). There is no hard evidence that putting a lower burden on the accused would result in more guilty people escaping

cusé le par. 16(4) donne ouverture à la possibilité qu'il soit condamné malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. En vertu de l'al. 11d), il faut considérer l'effet final d'une disposition portant renversement du fardeau de la preuve sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise d'une disposition.

Le paragraphe 16(4) du *Code* ne constitue pas une limite raisonnable à la présomption d'innocence qui peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le paragraphe 16(4) a pour objectif d'empêcher que des personnes tout à fait saines d'esprit qui ont commis des crimes échappent à la responsabilité criminelle en soulevant une défense peu fondée d'aliénation mentale. Cependant rien n'indique que les défenses d'aliénation mentale fabriquées présentent un problème urgent et réel. Bien que le législateur ne soit pas tenu d'attendre qu'une telle préoccupation se soulève, le ministère public n'a pas réussi à établir même la probabilité de l'apparition de cette préoccupation. L'expérience américaine n'étaye pas la conclusion que l'application d'une norme de preuve moins exigeante entraînerait un plus grand nombre d'acquittements pour cause d'aliénation mentale. En outre, plusieurs rapports canadiens et d'autres pays proposent que le fardeau de preuve de l'aliénation mentale soit seulement un fardeau de présentation, qui est considéré comme un seuil assez élevé pour empêcher que l'on plaide l'aliénation mentale dans des cas où cette défense est faiblement justifiée.

De toute façon, le par. 16(4) ne satisfait pas au critère de proportionnalité. Il a un lien rationnel avec l'objectif législatif visé, mais il ne porte pas le moins possible atteinte au droit de l'accusé d'être présumé innocent. Il n'est pas approprié en l'espèce de déroger à la norme rigoureuse d'examen sur la question de «l'atteinte minimale». Le gouvernement n'arbitre pas entre différents groupes mais joue le rôle d'adversaire singulier d'un droit très fondamental de l'accusé. Les objectifs étatiques seraient tout aussi bien atteints en imposant à l'accusé une charge de preuve qui ne comporte que l'obligation de présentation. La possibilité de simuler avec succès une défense d'aliénation mentale diminue à mesure qu'augmente la connaissance de la maladie mentale. Bien que l'obligation alors imposée à la poursuite serait difficile à remplir, elle ne serait pas pour autant «une charge écrasante». En l'absence du par. 16(4), il incomberait toujours à l'accusé de présenter des éléments de preuve pour faire de l'aliénation mentale une question réelle dont il convient de saisir le jury. La charge incombant alors au ministère public serait de dissiper tout doute qui aurait été suscité dans l'esprit du jury par la présence possible de quelque élément d'alié-

criminal liability on tenuous insanity pleas. Section 16(4) is accordingly not saved by s. 1 of the *Charter*. It follows that the common law principle which is reflected in s. 16(4) also infringes s. 11(d) and is not saved by s. 1.

(2) *Meaning of "Wrong"*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Gonthier and Cory JJ.: The word "wrong" in s. 16(2) should be interpreted to mean "morally wrong" and not "legally wrong". This Court's judgment in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673, is overruled. Under s. 16(2), the courts must determine whether the accused, because of a disease of the mind, was rendered incapable of knowing that the act committed was something that he ought not to have done. To do so, the inquiry cannot terminate with the discovery that the accused knew that the act was contrary to the formal law. A person may well be aware that an act is contrary to law but, by reason of disease of the mind, is at the same time incapable of knowing that the act is morally wrong in the circumstances according to the moral standards of society. The trial judge, therefore, erred in directing the jury that the insanity defence was not available under s. 16(2) of the *Code* if the appellants knew, at the time of committing the offence, that the act was contrary to the laws of Canada. In view of the trial judge's error, a new trial should be ordered.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): The question under s. 16(2) of the *Code* is not whether the accused thought an act was morally or legally wrong but whether he was incapable of knowing that he ought not to do it. If the accused is capable of knowing that the act was in some sense "wrong", then it is neither unfair nor unjust to submit the accused to criminal responsibility and penal sanction. The word "wrong" in s. 16(2) should therefore be construed to mean simply that which one "ought not to do", for whatever reasons, legal or moral. The wording of s. 16(2), the history and the purpose of the insanity provisions, as well as the difficulty of determining in every situation what is morally wrong, support that conclusion.

(3) *Specific Delusions*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest, Gonthier and Cory JJ.: As a result of this Court's

nation mentale au termes des par. 16(2) et 16(3). Rien ne prouve qu'imposer un fardeau moins lourd à l'accusé permettrait à plus de personnes coupables d'échapper à la responsabilité criminelle grâce à des plaidoyers peu fondés d'aliénation mentale. Le par. 16(4) n'est donc pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il s'ensuit que le principe de common law que reflète le par. 16(4) porte atteinte à l'al. 11d) et n'est pas sauvegardé en vertu de l'article premier.

b (2) *Signification du mot «mauvais»*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Gonthier et Cory: Le mot «mauvais» employé au par. 16(2) signifie «moralement répréhensible» et non pas «illégal». L'arrêt de notre Cour *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, est renversé. En vertu du par. 16(2), les tribunaux doivent décider, dans chaque cas, si l'accusé était incapable, en raison d'une maladie mentale, de savoir que l'acte commis était une chose qu'il ne devait pas accomplir. Pour cela, il ne suffit pas de se demander si l'accusé savait que l'acte était contraire au droit positif. Une personne peut très bien se rendre compte qu'un acte est contraire à la loi, mais être en même temps incapable, en raison d'une maladie mentale, de savoir que l'acte est moralement répréhensible dans les circonstances, selon les normes morales de la société. En conséquence, le juge du procès a commis une erreur en informant le jury que les appelants ne pouvaient pas invoquer la défense d'aliénation mentale conformément au par. 16(2) du *Code*, s'ils savaient, au moment où ils ont commis l'infraction, que l'acte était contraire aux lois du Canada. En raison de l'erreur du juge du procès, il y a lieu d'ordonner un nouveau procès.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin (dissidents): La question que soulève le par. 16(2) du *Code* n'est pas de savoir si l'accusé pensait que l'acte était moralement ou légalement mauvais, mais de savoir si l'accusé était incapable de savoir qu'il ne devait pas l'accomplir. Si l'accusé est capable de savoir que l'acte est «mauvais» dans un certain sens, alors il n'est ni inéquitable, ni injuste de le soumettre à la responsabilité criminelle et à une sanction pénale. Il faut donc interpréter le mot «mauvais» au par. 16(2) comme signifiant simplement ce qu'une personne ne devrait pas faire pour quelque motif que ce soit, légal ou moral. Le libellé du par. 16(2), l'histoire et l'objet des dispositions relatives à l'aliénation mentale, de même que la difficulté de savoir dans chaque situation ce qui est moralement mauvais, étayaient cette conclusion.

j (3) *Idées délirantes*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Gonthier et Cory: Étant donné le

reconsideration of the meaning of the word "wrong" in s. 16(2), any successful attempt to invoke the insanity defence under s. 16(3) of the *Code* would also succeed under s. 16(2). Furthermore, if an accused fails to satisfy the conditions set out in s. 16(2), he will not be able to benefit from s. 16(3). It would not, therefore, assist an accused in any way if s. 16(3) was held to constitute a separate and independent defence.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: Assuming that s. 16(3) of the *Code* relating to specific delusions can arise where the conditions of s. 16(2) are not met, the trial judge left open this possibility to the jury and his instructions were adequate.

Per Wilson J.: While most cases of specific delusions under s. 16(3) of the *Code* will now be caught under the second branch of s. 16(2), there may still be "specific delusions" which are not necessarily attributable to a "disease of the mind". Since legislative provisions should not readily be held to be redundant, particularly ones which are favourable to the accused, it is preferable to leave s. 16(3) open to an accused who might not qualify for the insanity defence under the second branch of s. 16(2).

(4) *Splitting the Case*

Per Dickson C.J. and Lamer C.J. and Wilson, La Forest, Gonthier and Cory JJ.: The trial judge correctly permitted the Crown to adduce evidence with respect to sanity in rebuttal. While the Crown must tender, as part of its case, evidence that will establish the existence of all elements of the offence with which the accused is charged, the Crown need not adduce evidence in chief to challenge a defence that an accused might possibly raise. This principle is not altered by the fact that the accused may warn the Crown that it intends to raise a particular defence. Further, a requirement that the Crown adduce evidence in chief to establish the sanity of the accused would defeat the presumption contained in s. 16(4). Finally, since the accused were given the opportunity for surrebuttal in this case, they did not suffer prejudice as a result of the fact that the Crown's evidence was adduced in rebuttal rather than in chief.

Per L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ.: The Crown was entitled to rely on the presumption of sanity and was under no obligation to present evidence

réexamen que notre Cour a fait de la signification du mot «mauvais» employé dans le par. 16(2), chaque fois que l'on pourrait se prévaloir de la défense d'aliénation mentale en vertu du par. 16(3), on pourrait aussi invoquer le par. 16(2). Au surplus, si l'accusé ne remplit pas les conditions énoncées au par. 16(2), il ne peut pas non plus tirer profit du par. 16(3). Le paragraphe 16(3) ne serait donc d'aucun secours pour l'accusé s'il était tenu, en réalité, pour un moyen de défense séparé et indépendant.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: À supposer que le par. 16(3) du *Code*, concernant les idées délirantes sur un sujet particulier, puisse s'appliquer lorsque les conditions du par. 16(2) ne sont pas remplies, le juge du procès a laissé ouverte cette possibilité à la décision du jury et ses directives étaient adéquates.

Le juge Wilson: Bien que la plupart des cas d'idées délirantes en vertu du par. 16(3) du *Code* relèveront maintenant de la deuxième condition du par. 16(2), il peut y avoir des cas d'idées délirantes sur un point particulier qui ne sont pas nécessairement imputables à une «maladie mentale». Puisqu'on ne doit pas conclure trop aisément à la redondance des dispositions législatives, notamment celles qui favorisent l'accusé, il est préférable de laisser à un accusé la possibilité d'invoquer le par. 16(3) alors qu'il ne remplit pas la deuxième condition que prévoit le par. 16(2) pour invoquer la défense d'aliénation mentale.

(4) *Fractionnement de la preuve*

Le juge en chef Dickson, le juge en chef Lamer et les juges Wilson, La Forest, Gonthier et Cory: Le juge du procès a permis à bon droit au ministère public de présenter une contre-preuve relativement à l'aliénation mentale. Bien que le ministère public soit tenu de produire la preuve tendant à établir tous les éléments de l'infraction qui fait l'objet de l'inculpation, le ministère public n'est pas tenu de produire de preuve principale pour réfuter un moyen de défense que l'accusé est susceptible de faire valoir. Ce principe vaut même si l'accusé prévient le poursuivant qu'il a l'intention d'invoquer un moyen de défense donné. De plus, exiger que l'accusation produise sa preuve principale en vue d'établir que l'accusé était sain d'esprit reviendrait à annihiler la présomption énoncée au par. 16(4). Puisque les appelants ont eu la possibilité de répliquer, en l'espèce, ils n'ont pas subi de préjudice du fait que le ministère public a présenté une contre-preuve plutôt que de produire sa preuve principale.

Les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin: Le ministère public avait le droit de s'appuyer sur la présomption que chacun est sain d'esprit et n'avait pas

on this issue as part of its case against the appellants. The evidence on insanity did not relate to an essential element of the offence.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Overruled: *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; **applied:** *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **distinguished:** *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; **referred to:** *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233; *Smythe v. The King*, [1941] S.C.R. 17; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Abbey* [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358; *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833; *R. v. Budic (No. 3)* (1978), 43 C.C.C. (2d) 419; *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318.

By Wilson J.

Applied: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; **distinguished:** *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **referred to:** *Clark v. The King* (1921), 61 S.C.R. 608; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895); *Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979); *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952); *Rivera v. Delaware*, 429 U.S. 877 (1976), aff'g 351 A.2d 561 (1976); *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), certiorari denied, 105 S. Ct. 107 (1984); *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (1976); *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (1966).

d'obligation de présenter sa preuve sur cette question dans le cadre de sa preuve contre les appelants. La preuve de l'aliénation mentale ne visait pas à un élément essentiel de l'infraction.

^a Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt renversé: *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; **arrêts appliqués:** *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; **arrêts mentionnés:** *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233; *Smythe v. The King*, [1941] R.C.S. 17; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. c. Abbey* [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358; *R. v. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833; *R. v. Budic (No. 3)* (1978), 43 C.C.C. (2d) 419; *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318.

Citée par le juge Wilson

Arrêts appliqués: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts mentionnés:** *Clark v. The King* (1921), 61 R.C.S. 608; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895); *Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979); *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952); *Rivera v. Delaware*, 429 U.S. 877 (1976), conf. 351 A.2d 561 (1976); *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), certiorari refusé, 105 S. Ct. 107 (1984); *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (1976); *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166; *R. v. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (1966).

By McLachlin J. (dissenting)

Rabey v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 513; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(d).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 13, 16, 17, 614(2).
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, s. 11.
Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Authors Cited

American Bar Association. Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice. *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*. Washington: American Bar Association, 1983.
 Boisvert, Anne-Marie. «Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale» (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 46.
 Canada. Law Reform Commission. Report 31. *Recodifying Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1987.
 Canada. Law Reform Commission. *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law*. Unpublished paper prepared by Patrick Healy, 1986.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. *Criminal Law: The General Part — Liability and Defences*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.
 Canada. Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases. *Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases*. Hull: Queen's Printer, 1956.
 Charles, William H., Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson. *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.
 Colvin, Eric. «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Ferguson, G. «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.
 Fortin, Jacques et Louise Viau. *Traité de droit pénal général*. Montréal: Thémis, 1982.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Rabey c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 513; *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337; *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673; *M'Naghten's Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718; *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21; *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826; *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11d).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 13, 16, 17, 614(2).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 11.
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1.

d Doctrine citée

American Bar Association. Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice. *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*. Washington: American Bar Association, 1983.
 Boisvert, Anne-Marie. «Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale» (1990), 69 *R. du B. can.* 46.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 31. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1987.
 Canada. Commission de réforme du droit. *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law*. Unpublished paper prepared by Patrick Healy, 1986.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. *Droit pénal: Partie générale — Responsabilité et moyens de défense*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1982.
 Canada. Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle. *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle*. Hull: Imprimeur de la Reine, 1956.
 Charles, William H., Thomas A. Cromwell and Keith B. Jobson. *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Butterworths, 1989.
 Colvin, Eric. «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381.
 Colvin, Eric. *Principles of Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1986.
 Ferguson, G. «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen's L.J.* 135.

- Great Britain. Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report. *Evidence (General)*, Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972.
- Hodgins, Sheilaigh et al. *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants*, 1989.
- Keilitz, Ingo and Junius P. Fulton. *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policymakers*. National Center for States Courts, 1984.
- Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.
- Klinck, Dennis R. "«Specific Delusions» in the Insanity Defence" (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458.
- Mahoney, Richard. "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1.
- Matthews Jr., Arthur R. *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study*. Chicago: American Bar Foundation, 1970.
- McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1990.
- Mewett, Alan W. "Insanity, Criminal Law and the Charter" (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241.
- Mewett, Alan W. "Section 16 and 'Wrong'" (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413.
- Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1982.
- Quen, Jacques M. "Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History". In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Rogers, Richard and R. E. Turner. "Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists" (1987), 7 *Health L. Can.* 71.
- Schiffer, Marc. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Simon, Rita J. and David E. Aaronson. *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era*. New York: Praeger, 1988.
- Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code*. Toronto: Carswells, 1893.
- Weihofen, Henry. *Mental Disorder as a Criminal Defense*. Buffalo: Dennis & Co., 1954.
- Ziskin, Jay and David Faust. *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony*, vol. I, 4th ed. Marina del Rey, Calif.: Law and Psychology Press, 1988.
- Fortin, Jacques et Louise Viau. *Traité de droit pénal général*. Montréal: Thémis, 1982.
- Great Britain. Criminal Law Revision Committee, Eleventh Report. *Evidence (General)*, Cmnd. 4991. London: H.M.S.O., 1972.
- ^a Hodgins, Sheilaigh et al. *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants*, 1989.
- Keilitz, Ingo and Junius P. Fulton. *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policymakers*. National Center for States Courts, 1984.
- ^b *Kenny's Outlines of Criminal Law*, 19th ed. By J. W. Cecil Turner. Cambridge: Cambridge University Press, 1966.
- Klinck, Dennis R. ««Specific Delusions» in the Insanity Defence» (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458.
- ^c Mahoney, Richard. «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. du B. can.* 1.
- Matthews Jr., Arthur R. *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study*. Chicago: American Bar Foundation, 1970.
- ^d McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book Ltd., 1990.
- Mewett, Alan W. «Insanity, Criminal Law and the Charter» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241.
- Mewett, Alan W. «Section 16 and "Wrong"» (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413.
- ^e Mewett, Alan W. and Morris Manning. *Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.
- Perkins, Rollin M. and Ronald N. Boyce. *Criminal Law*, 3rd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, Inc., 1982.
- Quen, Jacques M. «Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History». In Stephen J. Hucker, Christopher D. Webster and Mark H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility*. Toronto: Butterworths, 1981.
- Rogers, Richard and R. E. Turner. «Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists» (1987), 7 *Health L. Can.* 71.
- Schiffer, Marc. *Mental Disorder and the Criminal Trial Process*. Toronto: Butterworths, 1978.
- Simon, Rita J. and David E. Aaronson. *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era*. New York: Praeger, 1988.
- ^h Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.
- Taschereau, Henri Elzéar. *The Criminal Code*. Toronto: Carswells, 1893.
- Weihofen, Henry. *Mental Disorder as a Criminal Defense*. Buffalo: Dennis & Co., 1954.
- ⁱ Ziskin, Jay and David Faust. *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony*, vol. I, 4th ed. Marina del Rey, Calif.: Law and Psychology Press, 1988.
- ^j APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1988), 4 W.C.B. (2d) 218,

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1988), 4 W.C.B. (2d) 218, [1988]

[1988] Man. D. 5400-03, dismissing the appellants' appeal from their conviction on a charge of first degree murder. Appeal allowed and new trial ordered, L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

John Scurfield, Q.C., for the appellant Chaulk.

G. G. Brodsky, Q.C., for the appellant Morrissette.

George Dangerfield, Q.C., for the respondent.

S. R. Fainstein, Q.C., for the intervener the Attorney General of Canada.

R. Libman, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Jacques Gauvin, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Michael Watson, for the intervener the Attorney General for Alberta.

The judgment of Dickson C.J. and Lamer C.J. and La Forest and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J.—This case involves a constitutional challenge, under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the reverse onus clause contained in s. 16(4) of the insanity provisions contained in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. This Court has also been asked to revisit its interpretation of the meaning of the word "wrong" found in s. 16(2). There are other issues specific to the appeal which are set out further on in these reasons.

Facts

On September 3, 1985, the appellants Chaulk and Morrissette entered a home in Winnipeg, plundered it for valuables and then stabbed and bludgeoned its sole occupant to death. A week later they turned themselves in, making full confessions.

Man. D. 5400-03, qui a rejeté l'appel des appelants contre leur déclaration de culpabilité relativement à une accusation de meurtre au premier degré. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin sont dissidents.

John Scurfield, c.r., pour l'appellant Chaulk.

G. G. Brodsky, c.r., pour l'appellant Morrissette.

George Dangerfield, c.r., pour l'intimée.

S. R. Fainstein, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Canada.

R. Libman, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jacques Gauvin, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Michael Watson, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Version française du jugement du juge en chef Dickson, du juge en chef Lamer et des juges La Forest et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Ce pourvoi met en cause la validité constitutionnelle, au regard de l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la clause portant inversion de la charge de la preuve énoncée au par. 16(4) des dispositions du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, relatives à l'aliénation mentale. Notre Cour est également appelée à revoir l'interprétation qu'elle a donnée au mot «mauvais» employé au par. 16(2). D'autres questions particulières au pourvoi sont exposées plus loin dans les présents motifs.

Les faits

Le 3 septembre 1985, les appelants Chaulk et Morrissette faisaient irruption dans une maison de Winnipeg, la vidant de ses objets de valeur pour ensuite poignarder et assommer mortellement son seul occupant. Une semaine plus tard, ils se rendaient et faisaient des aveux complets.

After a transfer proceeding in the Youth Court (Chaulk and Morrissette were 15 and 16 years of age, respectively), the appellants were tried and convicted of first degree murder by a jury in the Manitoba Court of Queen's Bench. The only defence raised was insanity within the meaning of s. 16 of the *Code*. Expert evidence was given at trial that the appellants suffered from a paranoid psychosis which made them believe that they had the power to rule the world and that the killing was a necessary means to that end. They knew the laws of Canada existed, but believed that they were above the ordinary law; they thought the law was irrelevant to them. They thought they had a right to kill the victim because he was "a loser".

An appeal to the Manitoba Court of Appeal was unanimously dismissed on May 13, 1988.

Relevant Statutory Provisions

Criminal Code

16. (1) No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was insane.

(2) For the purposes of this section, a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused that person to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

(4) Every one shall, until the contrary is proved, be presumed to be and to have been sane.

Canadian Charter of Rights and Freedoms

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

11. Any person charged with an offence has the right

Par suite d'une demande de renvoi présentée devant le tribunal pour adolescents (Chaulk et Morrissette étaient alors âgés respectivement de 15 et 16 ans), les appelants ont été jugés et déclarés coupables de meurtre au premier degré par un jury de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Le seul moyen de défense invoqué était l'aliénation mentale au sens de l'art. 16 du *Code*. Selon la preuve d'expert produite au procès, les appelants souffraient d'une psychose paranoïde qui les a amenés à se croire investis du pouvoir de régner sur le monde, l'homicide qu'il ont commis étant un moyen nécessaire à cette fin. Ils savaient que les lois du Canada existaient, mais se croyaient au-dessus de la loi commune et estimaient qu'ils n'y étaient pas assujettis. Ils pensaient avoir le droit de tuer la victime parce que c'était un «perdant».

L'appel à la Cour d'appel du Manitoba a été rejeté à l'unanimité, le 13 mai 1988.

Dispositions pertinentes

Code criminel

16. (1) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part alors qu'il était aliéné.

(2) Pour l'application du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

(3) Une personne qui a des idées délirantes sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne peut être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que ses idées délirantes ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

(4) Jusqu'à preuve du contraire, chacun est présumé être et avoir été sain d'esprit.

Charte canadienne des droits et libertés

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

11. Tout inculpé a le droit:

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

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

Lower Court Judgments

Manitoba Court of Queen's Bench

The appellants were tried before Ferg J., sitting with a jury, in the Court of Queen's Bench. They were convicted of first degree murder. The only defence raised at trial was insanity and this defence was rejected by the jury. Chaulk and Morrissette were sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for a period of twenty-five years.

Manitoba Court of Appeal (O'Sullivan J.A. for the Court)

The appellants appealed their conviction to the Manitoba Court of Appeal on the grounds that s. 16(4) violated the *Charter*; that the trial judge had erred in his charge to the jury on s. 16(3) and on the effect of mental impairment on the ability to plan and deliberate; that the trial judge had erred in refusing to answer specific questions of the jury regarding ss. 16(2) and 16(3); that the trial judge erred in not ordering separate trials for the two accused and in admitting certain statements by the accused Chaulk to a counsellor without a *voir dire*; and that the trial judge erred in refusing a defence motion for particulars.

The Court of Appeal was of the view that Ferg J.'s charge to the jury and his answers to their queries "fairly set out the issues for the jury's consideration". The court held that any reasonable jury would, if properly instructed, reject the defence of insanity in this case. O'Sullivan J.A. stated:

In my opinion, the evidence shows that the accused were suffering from megalomania, but it is clear that they knew and fully appreciated the nature and consequences of their acts and they knew that what they were

a

Jugements et arrêts des juridictions inférieures

Cour du Banc de la Reine du Manitoba

Les appelants ont subi leur procès devant le juge Ferg de la Cour du Banc de la Reine siégeant avec jury. Ils ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Le seul moyen invoqué en défense au procès a été l'aliénation mentale, moyen qui a été rejeté par le jury. Chaulk et Morrissette ont été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant vingt-cinq ans.

a

Cour d'appel du Manitoba (le juge O'Sullivan au nom de la cour)

Les appelants ont interjeté appel de leur déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel du Manitoba, invoquant comme moyens que le par. 16(4) violait la *Charte*, que les directives du juge de première instance concernant le par. 16(3) et l'effet du déséquilibre mental sur la capacité d'agir avec préméditation et de propos délibéré, étaient erronées, que le juge de première instance avait également erré en refusant de répondre à des questions précises du jury concernant les par. 16(2) et (3), en n'ordonnant pas la tenue de procès séparés pour les deux accusés et en admettant certaines déclarations faites par l'accusé Chaulk à un avocat sans procéder à un *voir-dire* et, enfin, en rejetant une requête pour précisions présentée par la défense.

b

La Cour d'appel a estimé que l'exposé du juge Ferg aux jurés, de même que ses réponses à leurs questions, [TRADUCTION] «exposaient correctement les questions soumises à l'examen du jury». Elle a conclu que tout jury raisonnable, ayant reçu les directives appropriées, rejeterait en l'espèce la défense d'aliénation. Le juge O'Sullivan s'est exprimé ainsi:

[TRADUCTION] À mon avis, la preuve révèle que les accusés souffraient certes de mégalomanie, mais il est clair qu'ils connaissaient et étaient bien à même de juger la nature et les conséquences de leurs actes et qu'ils

doing was legally wrong (see *R. v. Abbey* (1982), 29 C.R. (3d) 193). There was no evidence of any specific delusions.

In my opinion, medically insane people can be made responsible for their acts if the insanity does not fall within the provisions of s. 16 of the *Criminal Code*.

The court rejected the argument that the onus provisions of s. 16(4) of the *Code* contravened s. 11(d) of the *Charter*. Relying on its judgment in *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233, the court held that s. 16(4) was not inconsistent with the *Charter*. O'Sullivan J.A. was of the opinion that the argument against the presumption of sanity was potentially threatening to liberty, given that insanity may be raised by the Crown or by the judge. He stated that if there were no presumption of sanity, "it would be open to a jury to condemn a prisoner to incarceration as an insane person if they had a reasonable doubt as to his sanity".

As regards the admission of Chaulk's statement in the absence of a *voir dire*, the Court of Appeal held that the statement had not been made to a person in authority and found no reversible error in Ferg J.'s decision to admit the statement without a *voir dire*.

Issues

The following constitutional questions were stated by Dickson C.J. on July 13, 1989:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The appellants raise three further issues in this Court:

3. What is the interpretation of the word "wrong" which is found in s. 16(2) of the *Criminal Code* of Canada? Is its meaning restricted to "legally wrong"

savaient que ce qu'ils faisaient était illégal (voir *R. v. Abbey* (1982), 29 C.R. (3d) 193). On n'a présenté aucune preuve d'idées délirantes sur un point particulier.

À mon avis, une personne aliénée au sens médical peut être tenue responsable de ses actes si l'aliénation dont elle souffre ne tombe pas dans le champ d'application des dispositions de l'art. 16 du *Code criminel*.

La cour a rejeté l'argument selon lequel la charge de la preuve énoncée au par. 16(4) du *Code* contrevient à l'al. 11d) de la *Charte*. S'appuyant sur le jugement qu'elle avait rendu dans l'affaire *R. v. Godfrey* (1984), 11 C.C.C. (3d) 233, la cour a conclu que le par. 16(4) n'était pas incompatible avec la *Charte*. Le juge O'Sullivan a vu dans l'argument présenté à l'encontre de la présomption que chacun est sain d'esprit une menace potentielle à la liberté, étant donné que l'aliénation peut être soulevée par le ministère public ou par le juge. Il a affirmé qu'en l'absence de cette présomption, [TRADUCTION] «il serait loisible à un jury qui a un doute raisonnable quant à la capacité mentale d'un prévenu de condamner ce dernier à l'incarcération à titre de personne aliénée».

En ce qui a trait à l'admission en preuve de la déclaration de Chaulk en l'absence d'un *voir-dire*, la Cour d'appel a conclu que la déclaration n'avait pas été faite à une personne en situation d'autorité et elle n'a constaté aucune erreur donnant lieu à révision dans la décision du juge Ferg de l'admettre sans procéder à un *voir-dire*.

Les questions en litige

Le juge en chef Dickson a formulé, le 13 juillet 1989, les questions constitutionnelles suivantes:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les appelants soulèvent trois autres questions en cette Cour:

[TRADUCTION]

3. Quelle est l'interprétation du mot «mauvais» employé au par. 16(2) du *Code criminel* du Canada? Signifie-t-il seulement «illégal» ou peut-il aussi être interprété

or may it also be interpreted more broadly to include "legally or morally wrong"?

4. What interpretation should be given to s. 16(3) of the *Criminal Code* of Canada? Should the section have been left to the jury in the case at bar, and if so, what are the necessary jury instructions?
5. [Did] the learned trial judge err in permitting the Crown to split its case and call the bulk of its case in purported rebuttal?

Analysis

Is s. 16(4) of the Code Inconsistent with s. 11(d) of the Charter?

Section 16(4) of the *Code* sets out a presumption of sanity. This presumption can be rebutted if "the contrary is proved". In *Smythe v. The King*, [1941] S.C.R. 17, this Court held that when insanity is raised by the defence, the accused must prove that he or she was insane, at the time of the offence, on a balance of probabilities. In *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.), Martin J.A., citing *Smythe* at p. 363, stated:

It is, of course, well established that where the accused alleges that he was insane at the time of the commission of the act the onus on the accused to prove insanity is discharged by proof of insanity on the balance of probabilities: . . .

The appellant Morrissette argues that the words "until the contrary is proved" in s. 16(4) should be interpreted, based on common law, so as to require an accused to merely raise a reasonable doubt as to his insanity. He assumes that if the words were given this interpretation, s. 16(4) would not violate the presumption of innocence and it would not be necessary to address the *Charter* arguments in this case.

In my view, the words "until the contrary is proved" cannot be interpreted as requiring an accused merely to discharge an evidentiary burden (i.e., raise a reasonable doubt as to insanity); the words in s. 16(4) clearly impose a persuasive burden on the accused. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. discussed the different types of presumptions which exist in criminal law

au sens plus large d'«illégal ou moralement répréhensible»?

4. Quelle interprétation devrait-on donner au par. 16(3) du *Code criminel* du Canada? Cette question aurait-elle dû être laissée en l'espèce à l'appréciation du jury et, dans l'affirmative, quelles directives aurait-il fallu donner au jury?
5. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en permettant au ministère public de scinder sa preuve afin d'en soumettre l'essentiel en contre-preuve?

Analyse

Le paragraphe 16(4) du Code est-il incompatible avec l'al. 11d) de la Charte?

Le paragraphe 16(4) du *Code* établit la présomption que chacun est sain d'esprit. Cette présomption s'applique «[j]usqu'à preuve du contraire». Dans l'arrêt *Smythe v. The King*, [1941] R.C.S. 17, notre Cour a conclu que lorsque l'aliénation est invoquée en défense, c'est à l'accusé qu'il incombe de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il était aliéné au moment de l'infraction. Dans *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.), le juge Martin, citant l'arrêt *Smythe*, a déclaré à la p. 363:

[TRADUCTION] Il est, naturellement, bien établi que si l'accusé allègue qu'il était aliéné au moment de la perpétration de l'acte, c'est en démontrant l'aliénation selon la prépondérance des probabilités qu'il s'acquitte de la charge de preuve qui lui incombe: . . .

L'appelant Morrissette fait valoir que les mots «[j]usqu'à preuve du contraire» employés au par. 16(4) devraient être interprétés, conformément à la common law, comme obligeant simplement l'accusé à susciter un doute raisonnable quant à son aliénation. Il part de l'hypothèse que si les mots devaient en effet recevoir cette interprétation, le par. 16(4) n'enfreindrait pas la présomption d'innocence et il n'y aurait pas lieu d'examiner en l'espèce les arguments fondés sur la *Charte*.

Or à mon avis, les mots «[j]usqu'à preuve du contraire» ne sauraient être interprétés comme exigeant simplement que l'accusé s'acquitte d'une charge de présentation (soit susciter un doute raisonnable quant à l'aliénation mentale); la rédaction du par. 16(4) impose en effet clairement à l'accusé un fardeau de persuasion. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef

in the context of deciding whether s. 8 of the *Narcotic Control Act* placed an evidentiary or a persuasive burden on the accused. The provision in question required an accused to “establish” that he was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking. Dickson C.J. stated that the phrase “to establish” is equivalent to the phrase “to prove”, and that the use of the word “establish” implied that the accused had to prove, on a balance of probabilities, that he or she was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking (pp. 114-18). It is clear from the reasoning in *Oakes* that a provision which presumes the existence of some fact (in this case, sanity) “until the contrary is proved”, places a burden on an accused wishing to rebut this fact to prove the contrary (insanity) on a balance of probabilities.

Accordingly, it is necessary, in this case, to measure s. 16(4) against s. 11(d) of the *Charter*.

The appellants argue that the requirement that an accused person prove his or her insanity on a balance of probabilities is contrary to the presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. In order to resolve this question one must consider the nature of the insanity provisions in our criminal law.

The Nature of the Insanity Provisions

There is controversy in academic circles as to whether insanity operates to negate a “condition precedent” to legal responsibility or whether it operates as a defence in the sense that it negates *mens rea*. Let me begin by saying that I will use the term “defence” to describe a claim of insanity under s. 16, but only in the broad, general sense of the term which means “any answer which defeats a criminal charge” (Law Reform Commission of Canada, Working Paper 29, *Criminal Law: The General Part — Liability and Defences* (1982), at p. 35), or “any claim which, if accepted, would

Dickson a examiné les différents types de présomption existant en droit criminel en vue de déterminer si l’art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* imposait à l’accusé une charge de présentation ou de persuasion. La disposition en question obligeait l’accusé à «démontrer» qu’il n’était pas en possession d’un stupéfiant pour en faire le trafic. Le juge en chef Dickson a déclaré que le terme «établir» équivaut au terme «prouver» et que l’emploi du mot «démontrer» signifiait que l’accusé devait prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu’il n’était pas en possession d’un stupéfiant pour en faire le trafic (pp. 114 à 118). Il ressort donc nettement du raisonnement suivi dans *Oakes* qu’une disposition présumant l’existence d’un certain fait (en l’espèce, le fait que l’accusé soit sain d’esprit) «[j]usqu’à preuve du contraire» oblige l’accusé qui veut repousser ce fait à en établir la preuve contraire (l’aliénation) selon la prépondérance des probabilités.

Par conséquent, il convient en l’espèce d’examiner le par. 16(4) en regard de l’al. 11(d) de la *Charte*.

Les appellants soutiennent que l’obligation faite à l’inculpé d’apporter la preuve prépondérante de son aliénation est contraire à la présomption d’innocence garantie par l’al. 11(d) de la *Charte*. Pour résoudre cette question, il importe d’examiner la nature des dispositions relatives à l’aliénation dans notre droit criminel.

Nature des dispositions relatives à l’aliénation

Il existe dans les milieux universitaires une controverse sur la question de savoir si l’aliénation a pour effet de nier une «condition préalable» à la responsabilité légale ou si elle constitue un moyen de défense au sens où elle écarte la *mens rea*. Disons d’abord que j’utiliserai le terme «moyen de défense» pour désigner une défense d’aliénation mentale fondée sur l’art. 16, mais seulement au sens large et général d’«argument qu’une personne peut opposer à une accusation criminelle» (Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail 29, *Droit pénal: Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 37), ou encore au sens de [TRADUCTION] «toute allégation qui, si elle est acceptée, entraîne néces-

necessitate an acquittal" (Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), at p. 163).

It is true that the exact nature of the insanity defence is very difficult to ascertain. The wording of s. 16 itself is not particularly helpful in this regard. It tells us that a claim of insanity, if proved, will preclude a conviction, but it does not tell us whether a claim of insanity negates *mens rea*, provides an excuse or justification, or whether it simply exempts an accused from a criminal conviction on policy grounds. Other *Code* provisions are more explicit; for example, s. 17 tells us that a person who commits an offence under compulsion of certain threats will be excused for committing the offence in certain circumstances.

It is helpful to note, however, that s. 16(1) is worded in a very similar fashion to s. 13, which provides:

13. No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was under the age of twelve years.

This is a variation on the common law, which provided that a child under the age of seven was presumed irrebuttably to be incapable of possessing criminal intent and that a child between the ages of seven and fourteen was likewise presumed incapable unless there was clear proof of "precocity" so as to establish a real appreciation of the wrong done (see Perkins and Boyce, *Criminal Law* (3rd ed. 1982), c. 8). Once an accused reached the age of fourteen, the common law presumption of criminal incapacity disappeared and was replaced by a rebuttable presumption of capacity for criminal intent. This accords with the presumption of sanity which existed at common law (enunciated via the *M'Naghten* Rules), was adopted into Canadian criminal law in the first criminal code (see *The Criminal Code, 1892*, S.C. 1892, c. 29, s. 11, and accompanying commentary by Taschereau J. (*The Criminal Code* (1893), at pp. 8-9)), and continues in the current s. 16(4).

In other words, the nature of the insanity defence is revealed if one views the changing pre-

sairement l'acquittement» (Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), à la p. 163).

Il est vrai que la nature exacte de la défense d'aliénation n'est pas facile à saisir. La rédaction de l'art. 16 ne nous aide pas particulièrement à cet égard. On y apprend qu'une fois prouvée, la défense d'aliénation mentale empêchera une déclaration de culpabilité, mais non s'il s'agit d'un moyen de défense qui écarte la *mens rea*, fournit une excuse ou une justification ou qui exonère simplement l'accusé d'une déclaration de culpabilité criminelle pour des raisons de principe. D'autres dispositions du *Code* sont plus explicites: l'art. 17 par exemple édicte qu'une personne qui commet une infraction sous la contrainte exercée par certaines menaces sera, dans certaines circonstances, excusée d'avoir commis cette infraction.

Il convient de souligner, cependant, que la rédaction du par. 16(1) est très semblable à celle de l'art. 13, lequel dispose:

13. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à l'égard d'un acte ou d'une omission de sa part lorsqu'il était âgé de moins de douze ans.

La disposition modifie la common law, selon laquelle un enfant âgé de moins de sept ans était, de façon irréfragable, présumé incapable de former une intention criminelle, alors que, l'enfant âgé de plus de sept ans mais de moins de quatorze ans était présumé incapable tant qu'une preuve claire de «précocité» n'avait pas démontré sa capacité réelle de juger du mal commis (voir Perkins et Boyce, *Criminal Law* (3^e éd. 1982), ch. 8). Une fois atteint l'âge de quatorze ans, la présomption d'incapacité pénale de la common law disparaissait pour faire place à une présomption réfutable de capacité de former une intention criminelle. Ces principes sont conformes à la présomption que chacun est sain d'esprit reconnue en common law (et formulée dans les règles *M'Naghten*), adoptée en droit criminel canadien dans le premier code criminel (voir *Code criminel, 1892*, S.C. 1892, ch. 29, art. 11, et les commentaires du juge Taschereau (*The Criminal Code* (1893), aux pp. 8 et 9)), et maintenue dans l'actuel par. 16(4).

En d'autres termes, pour découvrir la nature de la défense d'aliénation mentale, il suffit de consi-

sumptions regarding criminal capacity as a continuum. At common law, this continuum began with an irrebuttable presumption that a child under the age of seven could not have the capacity for criminal intent. Our current *Code* s. 13 provides for an irrebuttable presumption that a child under the age of twelve has no criminal capacity. At common law, the continuum provided for a rebuttable presumption of incapacity for children between the ages of seven and fourteen. Perkins and Boyce state “[t]his presumption is extremely strong at the age of seven and diminishes gradually until it disappears entirely at the age of fourteen” (p. 936). The current *Criminal Code* cuts off the presumption at age twelve; after a person reaches the age of twelve the presumption of sanity in s. 16(4) comes into play. Thus, at this end of the continuum, individuals are presumed to have criminal capacity until such presumption is rebutted on a balance of probabilities (of course, the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, which incorporates a concept of diminished responsibility, applies to young people between the ages of twelve and eighteen).

While the state of insanity and the state of childhood cannot be equated, the connection between these two situations for the purpose of criminal law is apparent. What these two situations have in common is that they both indicate that the individual in question does not accord with some basic assumptions of our criminal law model: that the accused is a rational autonomous being who is capable of appreciating the nature and quality of an act and of knowing right from wrong. With respect to the state of childhood, these basic assumptions are brought into question because of the immaturity of the individual — he or she has not yet developed the basic capacity which justice and fairness require be present in a person who is being measured against the standards of criminal law. With the state of insanity, these basic assumptions are brought into question because the accused is suffering from some disease of the mind or from some delusions which cause him or her to have a frame of reference which is significantly different than that which most people share. This mental condition means that the

dérer l'évolution des présomptions concernant la capacité pénale. En common law, cette évolution commençait avec la présomption irréfragable selon laquelle l'enfant âgé de moins de sept ans ne pouvait avoir la capacité nécessaire pour former une intention criminelle. Dans le *Code* actuel, l'art. 13 établit la présomption irréfragable que l'enfant âgé de moins de douze ans n'a pas la capacité pénale. Dans la common law, la présomption d'incapacité devenait réfutable pour les enfants de sept à quatorze ans. Selon Perkins et Boyce, [TRADUCTION] «cette présomption est extrêmement forte à l'âge de sept ans et elle diminue graduellement pour disparaître entièrement à l'âge de quatorze ans» (p. 936). Le *Code criminel* actuel fixe la ligne de démarcation à douze ans, âge à partir duquel s'applique la présomption que chacun est sain d'esprit établie au par. 16(4). Ainsi, à cette étape de l'évolution, chacun est présumé avoir la capacité pénale tant que cette présomption n'est pas repoussée par une preuve prépondérante (c'est bien sûr la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, établissant le principe de la responsabilité atténuée, qui s'applique aux adolescents âgés de douze à dix-huit ans).

Bien qu'on ne puisse assimiler l'état d'aliéné à celui d'enfant, il y a manifestement un lien entre ces deux conditions aux fins du droit criminel. Ces deux situations ont ceci de commun qu'elles font ressortir que l'individu en cause ne répond pas à certains postulats fondamentaux de notre modèle de droit criminel: savoir que l'accusé est un être autonome et rationnel, capable de juger la nature et la qualité d'un acte et de distinguer le bien du mal. Pour ce qui est de l'enfance, ces postulats fondamentaux sont mis en doute par l'immaturité de l'individu, celui-ci n'ayant pas encore acquis la capacité minimale exigée par la justice et l'équité pour être jugé au regard des normes du droit criminel. En ce qui concerne l'état d'aliéné, les mêmes postulats sont rendus suspects du fait que l'accusé souffre d'une forme de maladie mentale ou d'hallucinations qui l'amènent à avoir un cadre de référence sensiblement différent de celui de la plupart des gens. En raison de cette condition mentale, l'accusé est largement incapable de former une intention criminelle et ne devrait donc pas, de façon générale, être assujéti à la responsa-

accused is largely incapable of criminal intent and should not, therefore, generally be subject to criminal liability in the same way that sane people are. (I note here that s. 16 does not exempt all people with a disease of the mind from criminal liability. The insanity defence is defined in a particular way and only if an accused meets those criteria will his or her mental condition preclude a finding of guilt.)

The foregoing discussion indicates, in my view, that the insanity provisions operate, at the most fundamental level, as an exemption from criminal liability which is predicated on an incapacity for criminal intent. However, in particular cases, this basic incapacity may manifest itself in a number of different ways depending on the claims put forward by the accused. A claim of insanity, with its underlying claim of criminal incapacity, could give rise to a denial of the *actus reus* or of the *mens rea* in a particular case. For example, an accused could claim that his or her mental condition is such that when the alleged crime took place, he or she was not acting consciously. This is akin to a claim of insane automatism which denies the essential element of voluntary *actus reus* on the basis of an internal cause — the accused's disease of the mind (*Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513). An accused could also raise the argument that his or her mental condition was such that while he or she was acting consciously and voluntarily, he or she did not have the requisite *mens rea*. For example, a person charged with murder could claim that while he consciously and voluntarily did the act of chopping, he thought that he was chopping a loaf of bread in half, when, in fact, he was chopping off the victim's head (see *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19th ed. 1966), at p. 83, n. 1). In such a case, the insanity claim is manifested as a denial of *mens rea*. The accused had no intention to bring about the consequence of death. In yet another case, an accused, charged with murder, could argue that while she consciously and voluntarily did the act of killing and while she desired to bring about the death of the victim, she did so because her mental condition was such that she honestly believed that the victim was evil incarnate and would destroy the earth if the accused did not kill him. In such a case, the

bilité pénale comme le sont les gens sains d'esprit. (Soulignons que l'art. 16 n'exonère pas tous ceux qui sont atteints de maladie mentale. La défense d'aliénation y revêt en effet un sens particulier et ce n'est qu'à la condition de satisfaire aux critères établis que l'accusé pourra échapper à une déclaration de culpabilité.)

b

Il ressort à mon avis de l'examen qui précède que les dispositions relatives à l'aliénation agissent, au niveau le plus fondamental, comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l'incapacité de former une intention criminelle. Dans chaque cas toutefois, cette incapacité fondamentale se traduira de diverses façons suivant les prétentions de l'accusé. La défense d'aliénation mentale, que sous-tend l'allégation d'incapacité pénale peut, dans un cas particulier, donner lieu à une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*. Ainsi, l'accusé pourrait prétendre que sa condition mentale était telle qu'il n'agissait pas consciemment au moment où a été perpétré le crime reproché. Cette allégation s'apparente à celle d'automatisme démentiel, laquelle nie l'élément essentiel du caractère volontaire de l'*actus reus* en raison d'une cause interne — la maladie mentale de l'accusé (*Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513). L'accusé pourrait aussi faire valoir que sa condition mentale était telle que, tout en agissant consciemment et volontairement, il n'avait pas la *mens rea* requise. Une personne inculpée de meurtre pourrait, par exemple, prétendre qu'au moment où consciemment et volontairement elle faisait l'acte de trancher, elle croyait qu'elle tranchait un pain en deux alors qu'en fait, elle tranchait la tête de la victime (voir *Kenny's Outlines of Criminal Law* (19^e éd. 1966), à la p. 83, note 1). En pareil cas, la défense d'aliénation mentale se traduit par une négation de la *mens rea*, l'accusé n'ayant eu aucune intention de causer la mort. Ou encore, une personne inculpée de meurtre pourrait soutenir que même si, consciemment et volontairement, elle a posé l'acte de tuer et qu'elle désirait causer la mort de la victime, c'est que sa condition mentale l'avait portée à croire sincèrement que la victime était l'incarnation du mal et qu'elle détruirait la terre entière si elle ne la tuait pas. Dans ce cas, la

insanity claim is manifested not as a denial of *actus reus* or *mens rea*, but rather as a defence in the nature of an excuse or a justification based on the fact that the accused's mental condition rendered her incapable of knowing that the act was wrong. Professor Eric Colvin makes reference to the different roles played by the insanity defence in "Exculpatory Defences in Criminal Law" (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381. He states (at pp. 394 and 401):

The traditional approach to the insanity defence has been to conceive of it as negating all culpability. Insanity can, of course, operate either as a special way of denying a mental element of the offence or as an exculpatory defence

Deficient mental capacity may provide the basis for defences of several different kinds. Impairment may be used to deny definitional elements of an offence, or to claim an exculpatory defence which is specifically geared to the problem of impairment, or to make a special claim to one of the exculpatory defences which are based on contextual permission.

All three types of defence can be illustrated by the M'Naghten Rules on insanity at common law. The central proposition in the M'Naghten Rules was that the defence would be available to someone who, because of a 'defect of reason' resulting from 'disease of the mind', did not 'know the nature and quality of the act he was doing; or if he did know it, . . . he did not know he was doing what was wrong'. The first alternative deals with the situation where insanity negates mental elements in the definitions of offences. The second alternative establishes a special exculpatory defence which is based on lack of capacity for normative understanding. There is, in effect, an exception to the general rule that 'ignorance of the law is no excuse'. The third way in which insanity could be relevant to criminal culpability is through a cognitive breakdown leading to a mistaken belief in a matter of contextual permission. This situation was covered in the M'Naghten Rules by a ruling that responsibility would be determined as if the facts were as they were believed to be. [Citations omitted.]

The foregoing examples illustrate that the insanity defence can be raised in a number of different ways, depending on the mental condition

défense d'aliénation mentale se traduit non pas par une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*, mais plutôt par un moyen de la nature d'une excuse ou d'une justification fondée sur le fait que la condition mentale de l'accusé l'avait rendu incapable de savoir que son acte était mauvais. Le professeur Eric Colvin traite des différents rôles que joue la défense d'aliénation mentale dans «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381. Voici ce qu'il en dit (aux pp. 394 et 401):

[TRADUCTION] Le point de vue traditionnel en matière de défense d'aliénation mentale consiste à concevoir celle-ci comme écartant toute culpabilité. Certes, l'aliénation mentale peut soit servir de moyen particulier de nier un élément moral de l'infraction, soit de moyen de défense exonératoire . . .

Le défaut de capacité mentale peut servir à asseoir divers moyens de défense. Le trouble mental peut être invoqué pour nier les éléments constitutifs de l'infraction, comme moyen de défense exonératoire relié particulièrement au problème de l'altération des facultés, ou encore comme l'un des moyens exonératoires fondés sur la légitimité de l'acte en fonction du contexte.

Ces trois types de défense peuvent être illustrés à l'aide des règles M'Naghten gouvernant l'aliénation mentale en common law. Au cœur de ces règles figure le principe voulant que l'aliénation puisse être invoquée par toute personne qui, en raison d'une «déficience de la raison» résultant d'une «maladie mentale», ne «connaissait pas la nature et la qualité de son acte; ou si elle les connaissait, [. . .] ne savait pas que ce qu'elle faisait était mauvais». Le premier volet vise la situation où l'aliénation mentale écarte les éléments moraux constitutifs des infractions. Le second constitue une défense exonératoire particulière fondée sur la déficience de la faculté de discernement. Il existe de fait une exception à la règle générale selon laquelle «l'ignorance de la loi n'est pas une excuse». La troisième façon dont l'aliénation mentale peut toucher la culpabilité criminelle est par un effondrement cognitif conduisant à une croyance erronée quant à la légitimité d'un acte compte tenu du contexte. Les règles M'Naghten visaient cette situation en énonçant qu'il devait y avoir détermination de la responsabilité comme si les faits étaient tels que l'agent croyait qu'ils étaient. [Références omises.]

Les exemples qui précèdent illustrent le fait que la défense d'aliénation mentale peut revêtir différents aspects, suivant la condition mentale de l'ac-

of the accused. All of these examples have one thing in common however. Each is based on an underlying claim that the accused has no capacity for criminal intent because his or her mental condition has brought about a skewed frame of reference. When a person claims insanity, he or she may well be denying the existence of *mens rea* in the particular case or putting forward an excuse which would preclude criminal liability in the particular case; but he is also making a more basic claim which goes beyond *mens rea* or *actus reus* in the particular case — he is claiming that he does not fit within the normal assumptions of our criminal law model because he does not have the capacity for criminal intent. Such a claim may or may not be successful. If the incapacity is such that it fits into the defence of insanity encompassed in s. 16, it will preclude a conviction.

Based on the foregoing, I prefer to characterize the insanity defence as an exemption to criminal liability which is based on an incapacity for criminal intent. I note, however, that this basic claim for an exemption will usually be manifested under s. 16 either as a denial of *mens rea* in the particular case or as an excuse for what would otherwise be a criminal offence; this is because of the way that s. 16 is worded.

The definition of “legal insanity”, or insanity which will preclude a criminal conviction, is found in ss. 16(2) and 16(3) of the *Code*. The first part of s. 16(2) has come to be known as the “first arm” or “first branch” of the insanity defence:

[A] person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission . . .

In *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, this Court held (*per* Dickson J., as he then was) that “appreciat[e] the nature and quality of an act or omission” refers to an accused’s ability to perceive the consequences, impact, and results of a physical act and not to an accused’s ability to appreciate that the legal consequences of an act are appli-

cusé. Tous ces exemples ont cependant un dénominateur commun. Chacun d’eux repose en effet sur la prétention sous-jacente que l’accusé n’est pas capable d’une intention criminelle parce que sa condition mentale a faussé son cadre de référence. Lorsqu’une personne plaide l’aliénation mentale, elle peut fort bien ainsi, dans un cas donné, nier l’existence de la *mens rea*, ou encore, dans un autre cas, faire valoir une excuse empêchant la responsabilité criminelle; mais cette personne peut également faire une allégation plus fondamentale qui va au-delà de la *mens rea* ou de l’*actus reus*, savoir qu’elle échappe aux postulats normaux de notre modèle de droit criminel parce qu’elle n’a pas la capacité de former une intention criminelle. Cette allégation peut être ou non jugée valable. Mais si l’incapacité est telle qu’elle entre dans le cadre de la défense d’aliénation énoncée à l’art. 16, elle empêchera une déclaration de culpabilité.

En raison de ce qui précède, je préfère considérer la défense d’aliénation mentale comme une exemption de responsabilité pénale fondée sur l’incapacité de former une intention criminelle. Soulignons toutefois que cette demande d’exemption se traduira habituellement, sous le régime de l’art. 16, soit par une négation de la *mens rea* dans un cas particulier, soit par une excuse à l’égard de ce qui aurait autrement constitué une infraction criminelle. Il s’agit là d’une conséquence du libellé de l’art. 16.

C’est aux par. 16(2) et (3) du *Code* qu’est définie la notion d’«aliénation légale», ou aliénation écartant toute déclaration de culpabilité. La première partie du par. 16(2) forme ce que l’on appelle le «premier volet» de la défense d’aliénation mentale:

[U]ne personne est aliénée lorsqu’elle est dans un état d’imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d’un acte ou d’une omission . . .

Dans l’arrêt *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, notre Cour a statué (par la voix du juge Dickson, alors juge puîné) que «juger la nature et la qualité d’un acte ou d’une omission» se rapportait à l’aptitude de l’accusé à percevoir les conséquences, l’effet et les résultats d’un acte physique et non à son aptitude à juger qu’il peut encourir les conséquen-

cable to him or her. Dickson J. stated, in coming to this conclusion, that a delusion falling under the “first branch” of the insanity defence negatives the element of *mens rea*, with respect to either the circumstances or consequences which form part of the *actus reus*. Given the wording of the “first branch” of s. 16(2), this is true in the vast majority of cases. A claim of insanity under the “first branch” will be manifested as a denial of *mens rea* in the particular case. It is possible, however, that such a claim could also manifest itself as a denial of voluntary *actus reus* in the particular case. This was clearly established by the decision of this Court in *Rabey* which discussed, *inter alia*, the defence of insane automatism.

This Court also held in *Abbey* that the “second branch” of s. 16(2) “is concerned with cognitive capabilities, with knowledge, and not with appreciation of consequences” (p. 36). This provision is also based on incapacity for criminal intent. Such incapacity arises because the accused, due to his mental condition, is incapable of distinguishing between right and wrong. This claim of incapacity does not manifest itself as a denial of *mens rea* in the particular case. The criminal law is not concerned with whether a sane accused knew that his act was wrong. Knowledge of wrongness is not part of the requirement of *mens rea*. This is because sane people are presumed to have the capacity to distinguish between right and wrong — if a sane person is of the opinion that murder is not wrong, his opinion makes him “bad” (as opposed to “sick”) because he has the capacity to distinguish right from wrong. However, if an accused makes a claim of insanity under the “second branch” of s. 16(2), he is challenging the assumption that he is capable of distinguishing between right and wrong. If it is proved that his mental condition brought about such incapacity, he will be excused from criminal liability despite the elements of *actus reus* and *mens rea* being established in the particular case. Thus, while a claim of insanity under the “second branch” is based on the same basic denial of criminal capacity upon which a claim under the “first branch” is based, it is manifested not as a denial of *actus reus* or *mens rea*, but rather as a

ces légales de cet acte. En arrivant à cette conclusion, le juge Dickson a déclaré qu’une hallucination qui relève du «premier volet» de la défense d’aliénation mentale neutralise l’élément de la *mens rea* relativement aux circonstances ou aux conséquences qui font partie de l’*actus reus*. Compte tenu du libellé du «premier volet» du par. 16(2), cela est vrai dans la grande majorité des cas. Une allégation d’aliénation mentale présentée en vertu du «premier volet» se traduira, dans un cas particulier, par une négation de la *mens rea*. Il est aussi possible, cependant, qu’une allégation de cette nature se traduise, dans un autre cas, par une négation du caractère volontaire de l’*actus reus*. C’est ce qu’a clairement établi l’arrêt *Rabey* de notre Cour qui a notamment analysé la défense d’automatisme démentiel.

Notre Cour a également conclu dans l’arrêt *Abbey* que le «second volet» du par. 16(2) «vise la faculté cognitive, c’est-à-dire la connaissance et non pas l’appréciation des conséquences» (p. 36). Cette disposition est aussi fondée sur l’incapacité de former une intention criminelle. Cette incapacité est due au fait qu’en raison de sa condition mentale, l’accusé n’est pas en mesure de distinguer le bien du mal. Dans ce cas particulier, la défense d’aliénation mentale n’équivaut pas à une négation de la *mens rea*. Le droit criminel ne se préoccupe pas en effet de déterminer si un accusé sain d’esprit savait que son acte était mauvais. La connaissance du caractère mauvais d’un acte ne fait pas partie de l’exigence de la *mens rea*. Il en est ainsi parce que les individus sains d’esprit sont présumés avoir la capacité de distinguer le bien du mal — si une personne saine d’esprit est d’avis que tuer n’est pas mal, son avis en fait un être «mauvais» (par opposition à un être «malade») en raison de cette capacité de distinguer le bien du mal. Par contre, l’accusé qui allègue l’aliénation mentale en vertu du «second volet» du par. 16(2) met en cause le postulat voulant qu’il soit capable de distinguer le bien du mal. S’il est prouvé que cette incapacité est imputable à sa condition mentale, il sera à l’abri de la responsabilité pénale en dépit du fait que les éléments de l’*actus reus* et de la *mens rea* ont été établis dans un cas particulier. Ainsi, bien qu’une allégation d’aliénation mentale reposant sur le «second volet» soit fondée sur la même négation

claim to be excused for what would otherwise be criminal behaviour.

Based on the foregoing analysis, I owe it to a certain number of parties in this appeal to address a particular argument which they raised, to the effect that the presumption of innocence is not violated by s. 16(4) because an accused has the benefit of s. 11(d) until the Crown has proved both *actus reus* and *mens rea*, and it is only after this point that the claim of insanity arises. A number of parties have concluded that this means that if an accused fails to satisfy the jury that he or she was insane within the meaning of s. 16, it is not that failure which leads to a conviction, but rather the other evidence about which the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt.

(I pause here to note that this appeal was heard along with a number of other related appeals. This case and *R. v. Romeo* and *R. v. Ratti** all raise the issue of whether s. 16(4) violates the *Charter*. Accordingly, in addressing this constitutional issue which is common to them all, I have considered and will refer to the arguments made by all parties (including the various interveners) who submitted argument on this point.)

The factum of the Attorney General for New Brunswick in *Romeo* expresses the argument as follows:

67. While undoubtedly there is a connection between *mens rea* and the presumption of sanity, the function each serves in the criminal law process is fundamentally different. The insanity plea is raised only when *mens rea* has been established. In such circumstances, it becomes necessary for the defendant to establish that the intent was that of a diseased mind. The intent remains, it is not negated. The mental state giving rise to that intent is explained.

71. The presumption of innocence means that the prosecution must establish, beyond a reasonable doubt, both the *actus reus* and *mens rea* of the particular crime.

*Judgments delivered January 25, 1991.

fondamentale de la capacité pénale qu'une allégation faite en vertu du «premier volet», elle se traduit non par une négation de l'*actus reus* ou de la *mens rea*, mais plutôt par une excuse à l'égard de ce qui serait autrement une conduite criminelle.

Vu l'analyse qui précède, je me dois à l'égard de certaines des parties à ce pourvoi d'examiner l'argument particulier qu'elles ont soulevé, savoir que le par. 16(4) ne viole pas la présomption d'innocence puisque l'accusé bénéficie de l'al. 11d) tant que le ministère public n'a pas prouvé à la fois l'*actus reus* et la *mens rea*, et que ce n'est qu'après ce point qu'il y a ouverture à la défense d'aliénation mentale. Selon certaines parties, cela signifie que si l'accusé est incapable de convaincre le jury qu'il était aliéné au sens de l'art. 16, ce n'est pas de cette incapacité que résultera la déclaration de culpabilité, mais plutôt des autres éléments de preuve dont le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable.

(Je m'arrête ici pour souligner que ce pourvoi a été entendu conjointement avec un certain nombre d'autres pourvois connexes. La présente affaire, ainsi que les affaires *R. c. Romeo* et *R. c. Ratti** soulèvent toutes en effet la question de savoir si le par. 16(4) viole la *Charte*. Dans l'examen de cette question constitutionnelle commune, je me reporterai donc aux arguments de toutes les parties (y compris les divers intervenants) qui ont présenté leur opinion à cet égard.)

L'argument est ainsi formulé dans le mémoire du procureur général du Nouveau-Brunswick dans l'affaire *Romeo*:

[TRADUCTION] 67. Bien que le lien entre la *mens rea* et la présomption de capacité mentale ne fasse aucun doute, le rôle de chacun dans le processus pénal est fondamentalement différent. Le plaidoyer d'aliénation intervient uniquement après qu'a été établie la *mens rea*. En pareil cas, il devient nécessaire pour l'accusé d'établir que l'intention provenait d'un esprit malade. L'intention demeure, elle n'est pas niée. C'est l'état mental ayant donné naissance à cette intention qui est expliqué.

71. La présomption d'innocence signifie que la poursuite doit établir, hors de tout doute raisonnable, tant l'*actus reus* que la *mens rea* d'un crime donné. La

*Jugements rendus le 25 janvier 1991.

The burden arising on an insanity plea assumes that the prosecution has established these elements of the offence.

73. . . . All the presumption does is to require the accused to establish a particular mental disorder — after the prosecution has established *mens rea*. If the accused fails to satisfy the jury of that disorder on a balance of probability [*sic*], he will be convicted not because he is presumed sane but because the prosecution has otherwise proved the essential elements of the offence — including *mens rea*.

In my respectful opinion, this argument should be rejected for two reasons. First, it is not necessarily true that the insanity plea is raised only after *mens rea* has been established by the Crown. What if an accused's mental condition is such that it operates to negate *mens rea* in the particular case? The example set out above, in which a person consciously and voluntarily chops off the victim's head, but believes, because of his mental condition, that he is chopping a loaf of bread in half, illustrates that evidence of insanity could go to negate *mens rea* in a particular case. In such a case, if the accused were to raise evidence of his mental condition (thereby putting his mental capacity in issue), the trial judge would be entitled to charge the jury on s. 16. In these circumstances, it is only when the trier of fact has rejected the defence of insanity that it may consider the evidence of his mental condition solely with respect to *mens rea*; this, in turn, has only been allowed in cases where an accused is seeking to deny either the element of planning and deliberation or the specific intent for murder, and to instead be found guilty of a lesser, included offence (i.e., second degree murder or manslaughter). Thus, it is not true that evidence of insanity can be raised by an accused simply to deny *mens rea* for an offence independent of the insanity defence.

Accordingly, it is not correct, in my respectful view, to state that the issue of insanity arises only after both *actus reus* and *mens rea* have been proved by the Crown. If the accused's insanity puts

charge de preuve associée à la défense d'aliénation mentale présuppose que la poursuite a établi ces éléments de l'infraction.

73. . . . Tout ce que fait la présomption, c'est d'obliger l'accusé à démontrer l'existence d'un trouble mental particulier — une fois que la poursuite a établi la preuve de la *mens rea*. Si l'accusé ne réussit pas à convaincre le jury de l'existence de ce trouble suivant la prépondérance des probabilités, il sera déclaré coupable non pas parce qu'il est présumé sain d'esprit, mais parce que la poursuite aura prouvé par ailleurs les éléments essentiels de l'infraction — y compris la *mens rea*.

Avec égards, je suis d'avis de rejeter cet argument, et ce pour deux motifs. En premier lieu, il n'est pas nécessairement vrai que le plaidoyer d'aliénation mentale est présenté uniquement après que la preuve de la *mens rea* a été établie par le ministère public. Qu'en est-il lorsque la condition mentale de l'accusé est telle qu'elle écarte la *mens rea* dans une espèce donnée? L'exemple précédent où une personne tranche consciemment et volontairement la tête de la victime tout en croyant, à cause de sa condition mentale, qu'elle tranche un pain en deux, en est l'illustration. Si, dans un cas semblable, l'accusé présentait une preuve de sa condition mentale (soulevant ainsi la question de sa capacité mentale), le juge du procès serait fondé à donner au jury des directives sur l'art. 16. Dans les circonstances, ce n'est que lorsque le juge des faits a rejeté la défense d'aliénation qu'il peut examiner la preuve de la condition mentale de l'accusé uniquement à l'égard de la *mens rea*; or cela n'a été autorisé que dans les cas où l'accusé cherchait à nier soit la préméditation ou le propos délibéré, soit l'intention spécifique au meurtre, pour être plutôt déclaré coupable d'une infraction moindre et incluse (par exemple, meurtre au second degré ou homicide involontaire coupable). Par conséquent, il est faux de dire qu'une preuve d'aliénation mentale peut être présentée par un accusé simplement pour nier la *mens rea* d'une infraction, indépendamment de la défense d'aliénation.

Je soumets donc avec égards qu'il n'est pas exact d'affirmer que la question de l'aliénation mentale ne se pose qu'après preuve faite par le ministère public tant de l'*actus reus* que de la *mens rea*. Si

the existence of *mens rea* for the particular offence into question, it cannot be said that *mens rea* has been proved by the Crown before the issue of insanity arises. The Crown cannot be said to have proved anything beyond a reasonable doubt until the end of the trial. Evidence raised by the accused may well give rise to a reasonable doubt about the existence of an essential element, despite the fact that the Crown has raised enough evidence such that a no-evidence motion would fail.

Thus, I cannot agree that "the insanity plea is raised only when *mens rea* has been established" (emphasis added). In cases where a claim of insanity is manifested as a denial of the requisite *mens rea*, it cannot be said that *mens rea* has been established until after the insanity claim has been raised and has failed.

The second problem with this argument is that even if it were true that the insanity plea is raised only when *mens rea* has been established, it does not mean that a conviction following a failed insanity claim arises because the Crown has proved the essential elements of the offence and not because the accused could not discharge the burden to prove his or her insanity. Such an argument assumes that the only necessary ingredients for guilt are the proof of *actus reus* and *mens rea*. However, this is not true even if s. 16 is ignored for the time being. If evidence is raised in the course of a trial for murder that the accused may have been acting in self-defence, the Crown must disprove the existence of the self-defence justification beyond a reasonable doubt in order for a conviction to follow. If the Crown is able to sufficiently negate the claim of self-defence, it cannot be said that the resulting conviction follows from the proof of *actus reus* and *mens rea* and not from the failed self-defence claim. Thus, it could not be said that a reverse onus clause on self-defence would not intrude on s. 11(d); yet such a conclusion would logically follow from the argu-

l'aliénation de l'accusé met en question l'existence de la *mens rea* propre à une infraction donnée, on ne saurait affirmer que la *mens rea* a été prouvée par le ministère public avant que ne se pose la question de l'aliénation. Ce n'est d'ailleurs pas avant la fin du procès qu'on peut conclure que le ministère public a prouvé quoi que ce soit hors de tout doute raisonnable. Il se peut en effet fort bien que la preuve présentée par l'accusé suscite un doute raisonnable quant à l'existence d'un élément essentiel et ce, même si la preuve présentée par le ministère public suffirait à faire rejeter une requête en non-lieu.

Par conséquent, je ne puis souscrire à l'argument suivant lequel «[l]e plaidoyer d'aliénation intervient uniquement après qu'a été établie la *mens rea*» (je souligne). Dans les cas où la défense d'aliénation se traduit par une négation de la *mens rea* requise, on ne peut dire que la preuve de celle-ci n'a été établie qu'après le rejet de ce plaidoyer.

L'argument soulevé pose un second problème, savoir que même s'il était vrai que le plaidoyer d'aliénation n'intervient qu'une fois établie la *mens rea*, cela ne signifie pas qu'il y aura, advenant le rejet de la défense d'aliénation, déclaration de culpabilité parce que le ministère public a démontré les éléments essentiels de l'infraction et non parce que l'accusé n'a pu s'acquitter de son fardeau de prouver l'aliénation. Cet argument suppose que les seuls éléments nécessaires à la culpabilité sont la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Or il n'en est rien, même en faisant abstraction momentanément de l'art. 16. S'il est mis en preuve, au cours d'un procès pour meurtre, que l'accusé a pu agir en état de légitime défense, c'est au ministère public qu'il incombe, s'il veut obtenir une déclaration de culpabilité, de réfuter l'existence de cette justification hors de tout doute raisonnable. Si le ministère public réussit à nier suffisamment l'allégation de légitime défense, on ne pourra soutenir que la déclaration de culpabilité consécutive résulte de la preuve de l'*actus reus* et de la *mens rea*, et non de l'échec du moyen invoqué. Par conséquent, il serait faux de dire qu'une clause portant inversion de la charge de la preuve en matière de légitime défense n'enfreindrait pas

ment put forward by the Attorney General for New Brunswick and others.

The above reasoning also applies to the defence of insanity. Section 16 makes clear that sanity is essential for guilt (that is, it is essential for guilt that an accused not fall within the definition of insanity in s. 16). If a person was insane at the time the offence was committed, he or she shall not be convicted. Thus, even if the Crown has proved *actus reus* and *mens rea*, if a plea of insanity is raised and fails because the accused cannot discharge the presumption of sanity, guilt must follow from the presumption of sanity and not merely from proof of the "essential elements". The practical implications of this last point will be discussed in greater detail below.

While it is helpful to consider the nature of a claim arising under the insanity provisions in order to gain perspective on the issues in this case, the question arises whether a conclusion on this issue is determinative in the s. 11(d) analysis.

Does the Nature of s. 16 Determine the Charter Issue?

The Crown has argued that sanity is not an essential element of an offence (as is *mens rea*) and, therefore, does not engage the presumption of innocence.

The Crown takes the position that insanity raises a question of mental capacity, which is not the same as denying *mens rea* in a particular case. The insanity defence denies that the accused is a "moral agent" and asserts that he or she should therefore be exempt from liability under the criminal law. This position largely accords with the foregoing analysis of the insanity defence as a denial of criminal capacity. However, I am not satisfied that this characterization of the insanity provisions necessarily leads to the conclusion that

l'al. 11d); c'est pourtant la conclusion qui découlerait logiquement de l'argument qu'avance entre autres le procureur général du Nouveau-Brunswick.

^a Le raisonnement qui précède s'applique également à la défense d'aliénation mentale. Il ressort en effet clairement de l'art. 16 que le fait pour l'accusé d'être sain d'esprit est essentiel pour qu'il y ait culpabilité (c'est-à-dire qu'il est essentiel que l'accusé ne soit pas visé par la définition de l'aliénation énoncée à cet article). Celui qui était aliéné au moment de la perpétration de l'infraction ne peut être déclaré coupable. Par conséquent, même lorsque le ministère public a prouvé l'*actus reus* et la *mens rea*, s'il y a plaidoyer d'aliénation mentale et rejet de ce plaidoyer parce que l'accusé n'a pu réfuter la présomption qu'il était sain d'esprit, la culpabilité doit alors découler de cette présomption et non simplement de la preuve des «éléments essentiels». Les conséquences pratiques de ce dernier point seront examinées en détail plus loin.

^e S'il est utile, aux fins de mettre en perspective les questions soulevées dans ce pourvoi, de réfléchir à la nature de l'allégation fondée sur les dispositions relatives à l'aliénation, on peut toutefois se demander dans quelle mesure une conclusion à cet égard est déterminante dans l'analyse fondée sur l'al. 11d).

La nature de l'art. 16 détermine-t-elle la réponse à l'argument fondé sur la Charte?

^g Le ministère public soutient que le fait d'être sain d'esprit ne constitue pas un élément essentiel d'une infraction (à la différence de la *mens rea*) et qu'il ne déclenche donc pas l'opération de la présomption d'innocence.

^h Selon le ministère public, l'aliénation soulève la question de la capacité mentale, ce qui n'équivaut pas à la négation de la *mens rea* dans un cas particulier. En invoquant la défense d'aliénation mentale, l'accusé nie en effet être un «agent moral» et affirme qu'il devrait en conséquence être à l'abri de la responsabilité pénale. Cette position est largement conforme à l'analyse qui précède, savoir que la défense d'aliénation mentale constitue une négation de capacité pénale. Cependant, je ne suis pas convaincu que cette qualification des disposi-

the presumption of innocence is not violated by the presumption of sanity.

The Crown argues that insanity does not “disprove” an offence (nor, I assume, an essential element of an offence) and that the presumption of innocence is therefore inapplicable to s. 16. The Crown relies on the judgment of McIntyre J. in *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, to the effect that if a statute requires the accused to prove a defence on a balance of probabilities where the Crown has already proved the offence beyond reasonable doubt there is no violation of s. 11(d). Implicit in this argument is the assumption that the insanity provisions provide an exemption for an accused who, but for his insanity, would be found guilty beyond a reasonable doubt. This may or may not be true, depending on the way in which the claim of insanity is raised — as can be seen from the examples set out above. The Crown submits that the insanity claim is a means of escaping criminal liability “above and beyond” the presumption of innocence which applies in respect of the specific offence. The Crown is essentially arguing that the presumption of innocence only operates with respect to essential elements of the offence and with respect to common-law defences. A claim of insanity under s. 16 raises a claim for an exemption to criminal liability; it neither negates an essential element of the offence nor raises a common law defence (justification or excuse). Therefore, the requirement embodied in s. 16(4) that the accused prove insanity on a balance of probabilities does not violate the presumption of innocence.

In my view, this argument does not accord with the principles enunciated by this Court in *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. In *Whyte*, the constitutionality of s. 237(1)(a) of the *Code* was in issue. Section 237(1)(a) raised a presumption of care or control of an automobile upon a finding of occupancy of the driver’s seat, with respect to the

tions relatives à l’aliénation mentale mène à la conclusion que la présomption que toute personne est saine d’esprit ne viole pas la présomption d’innocence.

a

Le ministère public soutient que la preuve de l’aliénation ne vient pas «réfuter» l’infraction (ni, je présume, un élément essentiel de l’infraction) et partant, que la présomption d’innocence est inapplicable à l’art. 16. Le ministère public s’appuie sur l’opinion du juge McIntyre dans l’arrêt *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, savoir que dans le cas où une loi oblige l’accusé à apporter la preuve prépondérante d’un moyen de défense une fois que le ministère public a déjà prouvé l’infraction hors de tout doute raisonnable, il n’y a pas violation de l’al. 11d). Cet argument postule implicitement que les dispositions relatives à l’aliénation mentale accordent une exemption à l’accusé qui, n’eût été son aliénation, serait déclaré coupable hors de tout doute raisonnable. Or, il peut ou non en être ainsi, suivant la manière dont l’aliénation mentale est invoquée — comme il ressort des exemples donnés précédemment. Le ministère public fait valoir qu’invoquer l’aliénation mentale est un moyen d’échapper à la responsabilité pénale «au-delà et par delà» la présomption d’innocence qui s’applique à l’égard de l’infraction spécifique. Il prétend en substance que la présomption d’innocence n’opère qu’à l’égard des éléments essentiels de l’infraction, ainsi qu’à l’égard des moyens de défense reconnus en common law. Une allégation d’aliénation fondée sur l’art. 16 équivaut à une demande d’exemption de responsabilité pénale; elle n’écarte pas un élément essentiel de l’infraction non plus qu’elle ne soulève un moyen de défense reconnu en common law (justification ou excuse). Par conséquent, l’obligation faite à l’accusé au par. 16(4) d’apporter la preuve prépondérante de son aliénation ne viole pas la présomption d’innocence.

i

À mon avis, cet argument n’est pas conforme aux principes que notre Cour a énoncés dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. Cet arrêt porte sur la constitutionnalité de l’al. 237(1)a) du *Code* qui établissait, à l’égard d’une infraction de conduite avec facultés affaiblies, une présomption de garde ou de contrôle d’une automobile sur preuve d’occu-

offence of impaired driving. Dickson C.J. stated (at p. 18):

The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. The trial of an accused in a criminal matter cannot be divided neatly into stages, with the onus of proof on the accused at an intermediate stage and the ultimate onus on the Crown. Section 237(1)(a) requires the accused to prove lack of intent on a balance of probabilities. If an accused does not meet this requirement the trier of fact is required by law to accept that the accused had care or control and to convict. But of course it does not follow that the trier of fact is convinced beyond a reasonable doubt that the accused had care or control of the vehicle. [Emphasis added.]

In my view, the principles enunciated in *Whyte* are applicable to this case and establish that the presumption of sanity embodied in s. 16(4) violates the presumption of innocence. If an accused is found to have been insane at the time of the offence, he will not be found guilty; thus the "fact" of insanity precludes a verdict of guilty. Whether the claim of insanity is characterized as a denial of *mens rea*, an excusing defence or, more generally, as an exemption based on criminal incapacity, the fact remains that sanity is essential for guilt. Section 16(4) allows a factor which is essential for guilt to be presumed, rather than proven by the Crown beyond a reasonable doubt. Moreover, it requires an accused to disprove sanity (or prove insanity) on a balance of probabilities; it therefore violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt

de la place du conducteur. Le juge en chef Dickson affirme à la p. 18:

La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. Un procès en matière criminelle ne peut être divisé en étapes bien définies de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'accusé à une étape intermédiaire et le fardeau ultime au ministère public. L'alinéa 237(1)a exige que l'accusé démontre une absence d'intention suivant la prépondérance des probabilités. Si un accusé ne le fait pas, la loi oblige le juge des faits à reconnaître que l'accusé avait la garde ou le contrôle et à le déclarer coupable. Mais évidemment, il n'en découle pas que le juge des faits est convaincu hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la garde ou le contrôle du véhicule. [Je souligne.]

À mon avis, les principes posés dans l'arrêt *Whyte* sont applicables à la présente espèce et établissent que la présomption que toute personne est saine d'esprit prévue au par. 16(4) viole la présomption d'innocence. Si l'on juge que l'accusé était aliéné au moment de l'infraction, il ne sera pas déclaré coupable; le «fait» de l'aliénation empêche donc un verdict de culpabilité. Que l'allégation d'aliénation soit qualifiée de négation de la *mens rea*, de défense exonératoire ou, plus généralement, d'exemption fondée sur l'incapacité pénale, il n'en reste pas moins que le fait d'être sain d'esprit est une condition essentielle à la culpabilité. Or, le par. 16(4) permet que l'existence d'un facteur essentiel de culpabilité soit présumée, au lieu d'être prouvée par le ministère public hors de tout doute raisonnable. Par surcroît, il oblige l'accusé à réfuter qu'il était sain d'esprit (ou à démontrer l'aliénation) selon la prépondérance des probabilités; il viole par conséquent la présomption d'innocence parce qu'il permet une déclaration de culpa-

in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused.

Before leaving this point, let us examine the recent decision of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443. In *Schwartz*, this Court held that s. 106.7(1) of the *Code*, which required an accused to prove that he had a firearms acquisition certificate in order to avoid a conviction for the offence of possession of a restricted weapon for which the possessor has no registration certificate, did not violate s. 11(d) of the *Charter*. The Crown has relied on the majority reasons of McIntyre J. to support its argument that s. 16(4) does not violate the presumption of innocence because it sets up an exemption rather than a defence.

In my view, the reasons of McIntyre J. in *Schwartz* indicate that the principles enunciated by this Court in *Whyte* were not operative in that case. The result in *Schwartz* stemmed from a finding, based on the particular facts of the case, which could not have been made in *Whyte*; thus, the decision in *Schwartz* in no way overrules the decision in *Whyte*. In *Schwartz*, McIntyre J. set out the ratio of *Whyte*, and stated (at p. 485):

In my view, however, these principles cannot be of assistance to the appellant here. There is no reverse onus imposed upon the accused by s. 106.7(1), despite the words which are employed in the section. The holder of a registration certificate cannot be made subject to a conviction under s. 89(1). He is not required to prove or disprove any element of the offence or for that matter anything related to the offence.

Subsequent statements of McIntyre J. indicate that the conclusion that s. 106.7(1) imposed no reverse onus was based on the finding that, because of the particular factual nature of the offence, it could not be said that an accused who was unable to establish that he was the holder of a registration certificate could be convicted under s. 89(1) despite the existence of a reasonable doubt on that issue. In other words, the majority's view was that production or non-production of the regis-

tralité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé.

Avant de terminer sur ce point, examinons l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que le par. 106.7(1) du *Code*, qui obligeait l'accusé à prouver qu'il était titulaire d'une autorisation d'acquisition d'armes à feu pour éviter une déclaration de culpabilité à l'égard de l'infraction de possession d'une arme à autorisation restreinte sans certificat d'enregistrement, n'enfreignait pas l'al. 11d) de la *Charte*. Le ministère public s'appuie sur les motifs majoritaires du juge McIntyre pour fonder son argument selon lequel le par. 16(4) ne viole pas la présomption d'innocence parce qu'il établit une exemption et non un moyen de défense.

À mon avis, les motifs du juge McIntyre dans l'arrêt *Schwartz* montrent que les principes que notre Cour a énoncés dans l'arrêt *Whyte* ne s'appliquaient pas dans cette affaire. Le résultat dans *Schwartz* découle en effet d'une conclusion, fondée sur les faits particuliers de l'espèce, à laquelle on ne pouvait parvenir dans l'arrêt *Whyte*; l'arrêt *Schwartz* n'infirme donc aucunement l'arrêt *Whyte*. Dans *Schwartz*, le juge McIntyre s'exprime ainsi, à la p. 485, après avoir résumé le fondement de l'arrêt *Whyte*:

J'estime cependant que ces principes ne sont d'aucun secours à l'appellant en l'espèce. Malgré les termes qu'il emploie, le par. 106.7(1) n'impose pas la charge de la preuve à l'accusé. Le titulaire d'un certificat d'enregistrement ne peut être déclaré coupable aux termes du par. 89(1). Il n'a pas à prouver l'existence ou l'inexistence d'un élément de l'infraction ni même quoi que ce soit qui a trait à cette infraction.

Il ressort de la suite de l'opinion du juge McIntyre que la conclusion selon laquelle le par. 106.7(1) ne porte pas inversion de la charge de la preuve reposait sur la constatation qu'en raison de la nature factuelle particulière de l'infraction, on ne pouvait pas affirmer que l'accusé, dans l'incapacité d'établir qu'il était titulaire d'un certificat d'enregistrement, était susceptible d'être déclaré coupable en application du par. 89(1) malgré l'existence d'un doute raisonnable sur cette question. En d'au-

tration certificate was conclusive of whether the accused had a registration certificate.

Conversely, in *Whyte*, this Court held that proof that an accused occupied the driver's seat of a motor vehicle was not determinative of whether the accused had care and control of the vehicle. Therefore, the statutory presumption contained in s. 237(1)(a) of the *Code* was such that an accused could be convicted in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to his guilt. Consequently, s. 237(1)(a) was found to violate the presumption of innocence.

Accordingly, the principles enunciated in *Whyte* remain intact and are applicable to this case, unless this case falls within the narrow ratio of *Schwartz*. In my view, this case does not fall within the ratio of *Schwartz*. The presumption of sanity embodied in s. 16(4) operates differently than do the statutory presumptions which were at issue in *Whyte* and *Schwartz*. The presumption of sanity is not an inference drawn from the existence or proof of an underlying fact (such as being unable to produce a registration certificate for a restricted weapon, or being found in the driver's seat of a motor vehicle). Rather, sanity is something which is assumed from the outset (see Charles, Cromwell and Jobson, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), at pp. 130-31). Thus, in enacting s. 16(4), Parliament has not designated any basic "fact" which, when established, removes all possibility of reasonable doubt as to lack of insanity (and therefore removes all reasonable doubt as to guilt). Parliament has simply reversed the onus on a factor which is essential for guilt. If an accused cannot discharge the persuasive burden with respect to his insanity, the trier of fact may well be obliged to convict the accused despite the existence of a reasonable doubt as to sanity, and therefore, as to guilt.

tres termes, la majorité était d'avis que la production ou la non production du certificat d'enregistrement était concluante quant à la question de savoir si l'accusé était titulaire d'un certificat d'enregistrement.

À l'inverse, dans l'arrêt *Whyte*, notre Cour a estimé que la preuve que l'accusé occupait la place du conducteur dans un véhicule à moteur n'était pas déterminante quant à savoir si l'accusé avait la garde et le contrôle du véhicule. Par suite de l'application de la présomption légale énoncée à l'al. 237(1)a) du *Code*, l'accusé pouvait donc être déclaré coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à sa culpabilité. Aussi a-t-on jugé que l'al. 237(1)a) enfreignait la présomption d'innocence.

Par conséquent, les principes posés dans l'arrêt *Whyte* restent intacts et sont applicables en l'espèce, à moins que celle-ci ne tombe dans le champ étroit de l'arrêt *Schwartz*. Or tel n'est pas le cas à mon avis. La présomption établie au par. 16(4) s'applique en effet différemment des présomptions légales en cause dans les arrêts *Whyte* et *Schwartz*. La présomption que chacun est sain d'esprit n'est pas une inférence tirée de l'existence ou de la preuve d'un fait sous-jacent (comme l'incapacité de produire un certificat d'enregistrement pour une arme à autorisation restreinte, ou le fait d'être trouvé à la place du conducteur d'un véhicule moteur). La santé mentale est plutôt un facteur dont l'existence est postulée dès le départ (voir Charles, Cromwell et Jobson, *Evidence and the Charter of Rights and Freedoms* (1989), aux pp. 130 et 131). Ainsi, en édictant le par. 16(4), le législateur n'a désigné aucun «fait» qui, une fois établi, écarterait toute possibilité de doute raisonnable quant à l'absence d'aliénation (et par conséquent tout doute raisonnable quant à la culpabilité). Il a simplement inversé la charge de la preuve sur un facteur essentiel à la culpabilité. Si l'accusé ne peut s'acquitter du fardeau de persuasion quant à son aliénation, le juge des faits peut donc fort bien se voir obligé de déclarer l'accusé coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à la santé mentale et, partant, quant à la culpabilité.

A number of parties have raised the argument that a successful claim of insanity under s. 16 does not result in a finding of “innocence” and in the accused going free, but rather results in a special verdict and in the accused being detained in a psychiatric institution under a warrant of the Lieutenant Governor via s. 614(2) (formerly s. 542(2)) (the “L.G.W. system”). Because the result of a s. 16 claim is not a “true acquittal”, the argument is made that the presumption of innocence is inapplicable.

The Attorney General for New Brunswick has made this argument as has the Attorney General of Quebec and the Attorney General for Alberta. The Attorney General for Alberta argues that a finding of insanity under s. 16 is neither a determination of guilt nor innocence, but rather is a qualification of a “not guilty” verdict. The Attorney General for Alberta notes that an accused who is found to be insane is put into the “treatment phase” of the *Code* rather than the “punishment phase” and argues that because a verdict of “not guilty by reason of insanity” is “clearly not a full acquittal in the traditional sense”, it is necessary for an accused to prove his insanity so that a “positive finding” will underlie the special detention. The Attorney General for Alberta argues that the burden of proof embodied in s. 16(4) does not operate so as to leave a reasonable doubt remaining as to “innocence”. He states “section 16(4) does not raise issue [*sic*] that the accused may be convicted despite a reasonable doubt that his actions were lawful”.

This argument seems to amount to a claim that the detention under the “L.G.W. system”, which follows from a finding of “not guilty by reason of insanity”, is a result which an accused who raises s. 16 is positively seeking. In other words, an accused who is asking for the “benefit” of a finding of insanity properly bears the burden of proving that he falls within the criteria for special detention. In my view, this argument misses the essential point. An accused who raises s. 16 is raising it in order to avoid being convicted of a

Certaines parties ont fait valoir qu’une défense d’aliénation mentale accueillie en vertu de l’art. 16 n’entraîne pas la reconnaissance de l’«innocence» de l’accusé et sa libération, mais conduit plutôt à un verdict spécial suivi de la détention de l’accusé dans un établissement psychiatrique en vertu d’un mandat décerné par le lieutenant-gouverneur en conformité avec le par. 614(2) (l’ancien par. 542(2)). Puisqu’une allégation sous le régime de l’art. 16 ne résulte pas en un «véritable acquittement», l’argument veut que la présomption d’innocence soit inapplicable.

Le procureur général du Nouveau-Brunswick a fait valoir cet argument, de même que les procureurs généraux du Québec et de l’Alberta. Le procureur général de l’Alberta soutient qu’une constatation d’aliénation mentale en vertu de l’art. 16 n’équivaut pas à une décision quant à la culpabilité ou à l’innocence, mais plutôt à une réserve apportée au verdict de «non-culpabilité». Il souligne que l’accusé déclaré aliéné passe du «stade punition» du *Code* au «stade traitement» et prétend que puisqu’un verdict de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale» n’est [TRADUCTION] «manifestement pas un acquittement complet au sens traditionnel», il importe que l’accusé démontre son aliénation afin que ce mode spécial de détention s’appuie sur une «constatation positive». Le procureur général de l’Alberta fait valoir que la charge de la preuve établie au par. 16(4) n’a pas pour effet de laisser subsister un doute raisonnable quant à l’«innocence». Il affirme que [TRADUCTION] «le par. 16(4) ne soulève pas la possibilité que l’accusé soit déclaré coupable malgré l’existence d’un doute raisonnable quant à la légalité de ses actes».

Soutenir cet argument semble revenir à prétendre que la détention en vertu d’un mandat du lieutenant-gouverneur, consécutive à une déclaration de «non-culpabilité pour cause d’aliénation mentale», est le résultat que recherche activement l’accusé se prévalant de l’art. 16. En d’autres termes, l’accusé qui demande à «bénéficier» d’une déclaration d’aliénation porte à juste titre le fardeau de prouver qu’il répond aux critères requis pour la détention spéciale. À mon avis, cet argument passe à côté de l’essentiel. En effet, l’accusé

criminal offence. He is negating criminal culpability, on the basis of his mental condition, and is not necessarily "seeking" the special detention. The special detention is something which the criminal law imposes upon him for various policy reasons. It is incorrect to say that the accused is choosing special detention; he is seeking to negate his criminal culpability and the result of doing that (over which the accused has no control) is that he is subjected to the "L.G.W. system".

The Attorney General for Alberta has stated that a finding of "not guilty by reason of insanity" is not a finding as to "innocence". In my view, an accused raising insanity is asserting that he is incapable of having criminal intent and is, therefore, not criminally culpable — this is why the verdict under s. 16 is "not guilty by reason of insanity". The accused is alleging that he is "innocent" *vis-à-vis* criminal culpability; he is alleging that he is not criminally responsible. Under s. 16, the criminal law may well be determining what sort of response is appropriate in the circumstances (as the Attorney General for Alberta has argued), but surely we are, in the process, determining that the response of attaching criminal culpability is not appropriate. In this sense, an accused raising s. 16 is, indeed, seeking a "true acquittal" *vis-à-vis* the attachment of criminal culpability and is, therefore, entitled to the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*.

Finally, a number of parties have argued that s. 16(4) does not violate the *Charter* because the presumption of sanity is necessary to protect the accused when the Crown raises the issue of insanity. The appellants have argued that such reasoning erroneously assumes that the burden of proof for insanity must necessarily be the same no matter who raises s. 16. Assuming, without deciding, that the Crown may constitutionally raise the issue of insanity, I agree with the appellant Chaulk that there is no reason why the burden of proof on the accused and on the Crown must necessarily be the same. The argument put forward by the Crown,

qui invoque l'art. 16 le fait pour éviter d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle. Il nie, sur la base de sa condition mentale, qu'il y ait culpabilité criminelle et il ne «cherche» pas nécessairement à bénéficier d'une détention spéciale. La détention spéciale est une mesure que le droit criminel lui impose pour diverses raisons de principe. Il est incorrect de dire que l'accusé la choisit; ce qu'il cherche à faire, c'est de nier sa culpabilité criminelle avec comme résultat (hors de son contrôle) qu'il est soumis au régime du mandat du lieutenant-gouverneur.

Le procureur général de l'Alberta affirme qu'une déclaration de «non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale» n'équivaut pas à une déclaration d'«innocence». À mon sens, l'accusé qui invoque l'aliénation mentale affirme qu'il est incapable d'intention criminelle et, partant, non criminellement coupable — et c'est pourquoi le verdict prononcé en conformité avec le par. 16 en est un de «non-culpabilité pour cause d'aliénation mentale». L'accusé allègue qu'il est «innocent» eu égard à la responsabilité pénale; il allègue qu'il n'est pas criminellement responsable. Il se peut fort bien (comme le soutient le procureur général de l'Alberta) que, par le biais de l'art. 16, le droit criminel détermine quelle est la réponse appropriée dans les circonstances mais, en cela, il dit assurément que ce n'est pas dans la responsabilité pénale que réside cette réponse. Dans ce sens, l'accusé qui invoque l'art. 16 recherche, de fait, un «acquittement véritable» eu égard à la culpabilité criminelle et a droit, par conséquent, à la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*.

Enfin, un certain nombre de parties ont soutenu que le par. 16(4) n'enfreint pas la *Charte* parce que la présomption de santé mentale est nécessaire à la protection de l'accusé lorsque c'est le ministère public qui soulève la question de l'aliénation mentale. Les appelants ont répliqué qu'un tel raisonnement postulait erronément que le fardeau de démontrer l'aliénation était nécessairement le même, peu importe qui invoque l'art. 16. En supposant, sans toutefois trancher la question, que le ministère public peut, selon la Constitution, soulever la question de l'aliénation, je suis d'accord avec l'appelant Chaulk pour dire qu'il n'y a aucune

along with other interveners, is valid only if such an assumption is made.

In summary, I find that the presumption of sanity embodied in s. 16(4) of the *Code* limits the presumption of innocence guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*. I turn now to a consideration of whether s. 16(4) can nonetheless be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Is s. 16(4) a Reasonable Limit Under s. 1 of the Charter?

There is no question that the presumption of innocence, guaranteed by s. 11(d) of the *Charter*, is a fundamental legal right which plays a very important role in our criminal justice system. It has been referred to as “the golden thread” of English criminal law (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), at pp. 481-82). However, like the other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it is subject to limitations under s. 1 of the *Charter*. The procedure to be followed when the state is attempting to justify a limit on a right or freedom under s. 1 was set out by this Court in *Oakes*, *supra*:

1. The objective of the impugned provision must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom; it must relate to concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

2. Assuming that a sufficiently important objective has been established, the means chosen to achieve the objective must pass a proportionality test; that is to say they must:

(a) be “rationally connected” to the objective and not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations;

raison pour laquelle l'accusé et le ministère public devraient nécessairement porter le même fardeau de preuve. Or l'argument qu'avance le ministère public, conjointement avec d'autres intervenants, n'est valide qu'en autant qu'on accepte ce postulat.

En résumé, j'estime que la présomption de santé mentale énoncée au par. 16(4) du *Code* limite la présomption d'innocence garantie par l'al. 11d) de la *Charte*. J'en viens maintenant à la question de savoir si le par. 16(4) peut néanmoins être justifié en tant que limite raisonnable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Le paragraphe 16(4) constitue-t-il une limite raisonnable en vertu de l'article premier de la Charte?

Il ne fait aucun doute que la présomption d'innocence, garantie par l'al. 11d) de la *Charte*, est une garantie juridique fondamentale dont le rôle est primordial dans notre système de justice criminelle. On en parle comme du «fil d'or» du droit criminel anglais (*Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (C.L.), aux pp. 481 et 482). Toutefois, à l'instar des autres droits et libertés garantis par la *Charte*, il est assujéti à certaines restrictions permises en vertu de l'article premier de la *Charte*. Notre Cour a indiqué, dans l'arrêt *Oakes*, précité, les étapes à suivre lorsque l'État tente de justifier, en vertu de l'article premier, la limite imposée à un droit ou à une liberté:

1. L'objectif que vise la disposition attaquée doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution; il doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

2. En présumant qu'a été établi le caractère suffisamment important d'un objectif, les moyens choisis pour atteindre cet objectif doivent satisfaire au critère de la proportionnalité, en ce sens qu'ils doivent:

(a) avoir un «lien rationnel» avec l'objectif et ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondés sur des considérations irrationnelles;

(b) impair the right or freedom in question as "little as possible"; and

(c) be such that their effects on the limitation of rights and freedoms are proportional to the objective.

(b) porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question; et

(c) être de telle nature que leurs effets sur la restriction des droits et libertés sont proportionnels à l'objectif.

Objective

The parties have put forward several suggestions as to the characterization of the objective of s. 16(4). The Attorney General for New Brunswick argues that the presumption of sanity embodied in s. 16(4) ensures that blame or responsibility is not placed on individuals who are not aware of or do not appreciate the nature of the acts that they have carried out, and provides the means by which insane individuals can be treated, rather than punished. "The insanity provisions also provide a shield to enable the individual to avoid the stigma attached to criminal conviction". The Attorney General for Ontario makes a similar argument, stating that the presumption of sanity plays an integral part in recognizing the distinction between those accused persons with a blameworthy state of mind and those individuals who, due to a condition of mental disorder, are in need of treatment.

In my opinion, with respect for contrary views, these characterizations of the objective miss the point. The factors cited by these parties are more connected to the objectives of s. 16(1) than to s. 16(4). In enacting s. 16(1), Parliament has made a law that no person shall be convicted of an offence committed while that person was insane; the objective of this law is to avoid stigmatizing and punishing, as criminals, people who are "sick" as opposed to "bad". In enacting s. 16(4), Parliament has made a law that any accused who alleges that he was insane at the time of the offence must prove his insanity on a balance of probabilities. Section 16(4) was not enacted to further the objective of s. 16(1); if anything, the onus imposed by s. 16(4) means that some "sick" people will be incorrectly stigmatized and punished as "bad" and, therefore, s. 16(4) actually hinders the objective cited by the

L'objectif

Les parties ont avancé diverses suggestions quant à la façon de qualifier l'objectif poursuivi par le par. 16(4). Selon le procureur général du Nouveau-Brunswick, la présomption établie au par. 16(4) vise à assurer que le blâme ou la responsabilité ne soient pas imputés à des individus inconscients ou incapables de juger la nature de leurs actes. Cette disposition fournit également le cadre grâce auquel les individus aliénés peuvent recevoir un traitement au lieu d'une punition. [TRADUCTION] «Les dispositions relatives à l'aliénation mentale servent également de bouclier protégeant l'individu du stigmate d'une condamnation criminelle». Le procureur général de l'Ontario avance un argument semblable, affirmant que la présomption joue un rôle essentiel en établissant une distinction entre les inculpés dont l'état d'esprit est blâmable et ceux dont l'état mental nécessite un traitement.

Avec égards pour les opinions contraires, je suis d'avis que ces qualifications de l'objectif poursuivi passent à côté de la question. Les facteurs qu'évoquent les parties sont en effet davantage reliés aux objectifs que vise le par. 16(1) qu'à ceux du par. 16(4). En édictant le par. 16(1), le législateur a décrété que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction commise alors qu'il était aliéné; l'objectif de cette règle de droit est d'éviter de stigmatiser et de punir comme criminels les êtres «malades», par opposition aux êtres «mauvais». En édictant le par. 16(4), le législateur a par ailleurs décrété la règle selon laquelle tout accusé qui allègue qu'il était aliéné au moment de l'infraction doit démontrer son aliénation selon la prépondérance des probabilités. Le paragraphe 16(4) n'a pas été édicté pour promouvoir l'objectif que vise le par. 16(1); au contraire, la charge qu'impose le par. 16(4) pourrait vouloir dire qu'un certain nombre de «malades» seront à tort stigmatisés et punis comme «mauvais». Le paragraphe 16(4) fait

Attorneys General for New Brunswick and Ontario.

Before characterizing the relevant objective, I feel that it is necessary to focus on what it is about s. 16(4) which violates s. 11(d). The problem with s. 16(4) is two-fold. First, the provision allows sanity (something which is essential to guilt) to be presumed. This violates the basic principle (set out in *Oakes*) that the state bears the burden of proving guilt beyond a reasonable doubt. Second, the provision requires an accused to prove his or her insanity, on a balance of probabilities, in order to rebut the presumption of sanity. This gives rise to a reversal of the burden of proof such that an accused could be found guilty of a criminal offence despite a reasonable doubt in the mind of the trier of fact about the accused's insanity.

It is therefore necessary to focus on the presumption and on the reversal of the burden of proof and ask: what was Parliament's specific objective in forcing an accused who raises s. 16 to prove his or her insanity on a balance of probabilities? The answer can only be that Parliament wished to avoid placing on the Crown the impossibly onerous burden of disproving insanity and to thereby secure the conviction of the guilty (who are not "sick") by defeating acquittals based on a doubt as regards insanity. Drawing an analogy to my (dissenting) reasons in *Schwartz, supra*, s. 16(4) is no more "particular or essential" to insanity legislation than s. 106.7(1) is to weapons legislation. Section 16(4) is a purely evidentiary section whose objective is to relieve the prosecution of the tremendous difficulty of proving an accused's sanity in order to secure a conviction.

The above characterization of the objective of s. 16(4) becomes clearer if one considers what would be the case if society's knowledge of the brain and of the nature of mental illness was suddenly and

donc en réalité obstacle à l'objectif qu'évoquent les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario.

Avant de qualifier l'objectif en cause, j'estime qu'il est nécessaire d'attirer l'attention sur ce qui, dans le par. 16(4), contrevient à l'al. 11d). Le paragraphe 16(4) pose un double problème. Premièrement, le fait que l'accusé est sain d'esprit (essentiel pour qu'il y ait culpabilité) y est présumé, ce qui va à l'encontre du principe fondamental (posé dans l'arrêt *Oakes*) selon lequel c'est à l'État qu'incombe le fardeau de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable. Deuxièmement, la disposition oblige l'accusé à démontrer son aliénation suivant la prépondérance des probabilités afin de repousser la présomption qu'il est sain d'esprit. Cela donne lieu à une inversion de la charge de la preuve, de sorte que l'accusé pourrait être déclaré coupable d'une infraction criminelle malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à son aliénation.

Il importe par conséquent de s'attarder à la présomption et à l'inversion de la charge de la preuve, et de se poser la question suivante: quel objectif spécifique le législateur visait-il en obligeant l'accusé qui se prévaut de l'art. 16 à apporter la preuve prépondérante de son aliénation? La seule réponse possible est qu'en faisant échec aux acquittements fondés sur l'existence d'un doute quant à l'aliénation, le législateur a voulu éviter d'imposer au ministère public la charge écrasante de prouver l'inexistence de l'aliénation, et assurer ainsi la condamnation des coupables (qui ne sont pas «malades»). Par analogie avec mes motifs (dissidents) dans l'arrêt *Schwartz*, précité, je dirai que le par. 16(4) n'est pas davantage «spécifique ou essentiel» à la législation en matière d'aliénation que ne l'est le par. 106.7(1) en matière d'armes. Le paragraphe 16(4) est une pure règle de preuve dont l'objectif est de dispenser la poursuite de l'énorme difficulté de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable.

La qualification attribuée ci-dessus à l'objectif du par. 16(4) devient plus claire si l'on considère quelle serait la situation si notre connaissance du cerveau et de la maladie mentale faisait soudaine-

enormously expanded. What if our state of knowledge and technology was such that a doctor could perform a simple test to conclusively determine whether a person was insane within the meaning of s. 16 at the time of the offence? If this were the case, s. 16(4) would not be justified (and would not pass even the first branch of the *Oakes* test). All that would be necessary would be a provision requiring an accused alleging insanity to submit to this test. The Crown would have the full burden of disproving insanity beyond a reasonable doubt in any case where insanity was raised by an accused. Note, however, that the remaining provisions in s. 16 (or very similar provisions) would still be necessary and desirable. The objective of avoiding the stigmatization and punishment of an individual under the criminal law and of maintaining the distinction between "bad" and "sick" offenders would still exist and would continue to be met by s. 16(1). If the objective of s. 16(4) is as stated by the Attorneys General for New Brunswick and Ontario, the section would prevail whatever society's state of knowledge. The fact that it would disappear if it became reasonably possible for the Crown to meet a claim of insanity illustrates that the essential objective of s. 16(4) is to relieve the Crown of the nearly impossible task of disproving insanity whenever it is raised.

Many of the parties have identified the potential difficulties faced by the Crown in proving sanity. The Attorney General for New Brunswick states that without the cooperation of the accused, evidence of mental illness would be virtually impossible for the prosecution to obtain. If the burden were on the Crown, there would be no way to ensure such cooperation. The Attorney General of Manitoba has described, in some detail, the impracticality of requiring the Crown to prove sanity. The *Code* provides no method of forcing an accused to submit to psychiatric examinations unless fitness to stand trial is in issue. The Attorney General of Canada has described, in detail, the difficulties involved in obtaining a conclusive psy-

ment un bond prodigieux. Qu'arriverait-il en effet si l'état de nos connaissances et de la technologie permettait à un médecin de procéder à un simple test pour déterminer avec certitude si la personne était aliénée au sens de l'art. 16 au moment de l'infraction? Si tel était le cas, le par. 16(4) ne serait pas justifié (et ne respecterait même pas le premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*). Tout ce qui serait nécessaire serait une disposition obligeant l'accusé alléguant l'aliénation mentale à se soumettre à ce test. C'est au ministère public qu'incomberait alors entièrement le fardeau de prouver dans tous les cas l'inexistence de l'aliénation hors de tout doute raisonnable. Soulignons, toutefois, que les autres dispositions de l'art. 16 (ou d'autres dispositions très semblables) seraient encore nécessaires et souhaitables. L'objectif consistant à éviter de soumettre une personne à la stigmatisation et à la punition en vertu du droit criminel et à maintenir la distinction entre les «êtres mauvais» et les «malades» existerait toujours et continuerait d'être visé par le par. 16(1). Or, si l'objectif du par. 16(4) est tel que le disent les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick et de l'Ontario, cette disposition prévaudrait quel que soit l'état des connaissances de la société. Le fait qu'elle disparaîtrait s'il devenait raisonnablement possible pour le ministère public de repousser une défense d'aliénation mentale montre donc bien que l'objectif essentiel du par. 16(4) est de soulager le ministère public de la tâche quasi impossible de prouver l'inexistence de l'aliénation mentale dès que ce moyen de défense est invoqué.

Plusieurs des parties ont énuméré les difficultés auxquelles aurait à faire face le ministère public s'il devait faire la preuve que l'accusé était sain d'esprit. Le procureur général du Nouveau-Brunswick affirme que, sans la collaboration de l'accusé, il serait virtuellement impossible pour la poursuite d'obtenir la preuve de la maladie mentale. Si le fardeau incombait au ministère public, rien ne permettrait d'assurer cette collaboration. Le procureur général du Manitoba a insisté sur l'impossibilité pratique qu'il y aurait à charger le ministère public de cette preuve. Le *Code* ne prévoit en effet aucune méthode pour forcer l'accusé à se soumettre à des examens psychiatriques, à moins que ne soit mise en question l'aptitude à subir un procès.

chiatric opinion as to an accused's sanity, and characterizes the objective of s. 16(4) as "to allocate the burden of proof on the issue of insanity in a workable fashion". A further difficulty arises because the Crown would be required to prove sanity not as of the time of trial, but as of the time of the offence. Given that the Crown will often not know that insanity is going to be raised until some time after the offence takes place, the difficulties mentioned above are compounded.

Accordingly, the objective of s. 16(4) is to avoid placing an impossible burden of proof on the Crown and to thereby secure the conviction of the guilty. In my view, this objective is sufficiently important to warrant limiting constitutionally protected rights and s. 16(4) passes the first branch of the *Oakes* test.

Proportionality Test

1. *Rational Connection*

The question to be addressed at this stage of the *Oakes* analysis is whether there is a rational connection between the objective, which was identified above under the first branch of the test, and the means which have been chosen to attain this objective — namely, the reverse onus provision embodied in s. 16(4).

In my view, many of the parties have misdirected their arguments on this portion of the *Oakes* test. The Crown has correctly formulated the rational connection test, but because it adopted the wrong objective for s. 16(4), it has, in my view, applied the test incorrectly to the facts of this case. The Crown correctly stated the rational connection test as follows:

Unlike *Oakes* and *Whyte*, *supra*, this is not a case of a presumption based on a proved fact. The presumption of sanity applies without proof of basic fact, and applies until the contrary is proved.

Le procureur général du Canada a pour sa part exposé en détail la difficulté d'obtenir une opinion psychiatrique concluante quant à la condition mentale d'un accusé. Il affirme à cet égard que l'objectif du par. 16(4) est de [TRADUCTION] «répartir de manière pratique le fardeau de la preuve quant à la question de l'aliénation mentale». Une autre difficulté se pose en ce que le ministère public serait tenu de démontrer que l'accusé était sain d'esprit non pas au moment du procès, mais au moment de l'infraction. Du fait qu'il arrive souvent que ce n'est qu'un certain temps après la perpétration de l'infraction que le ministère public apprend que la question de l'aliénation sera soulevée, les difficultés évoquées ci-dessus se trouvent multipliées.

L'objectif du par. 16(4) est, en conséquence, d'éviter d'imposer au ministère public un fardeau dont il ne pourrait s'acquitter et d'assurer ainsi la condamnation des coupables. À mon avis, cet objectif est suffisamment important pour justifier la restriction de droits protégés par la Constitution et le par. 16(4) satisfait donc au premier volet du critère de l'arrêt *Oakes*.

Critère de proportionnalité

1. *Le lien rationnel*

La question que l'on doit examiner à cette étape de l'analyse proposée dans l'arrêt *Oakes* est de savoir s'il existe un lien rationnel entre l'objectif, identifié ci-dessus en vertu du premier volet du critère, et le moyen choisi pour atteindre cet objectif, savoir la disposition portant inversion de la charge de la preuve énoncée au par. 16(4).

À mon avis, plusieurs parties ont mal conçu leurs arguments quant à cette portion du critère de l'arrêt *Oakes*. Le ministère public a correctement formulé le critère du lien rationnel, mais comme il a attribué au par. 16(4) le mauvais objectif, il a, à mon avis, appliqué incorrectement le critère aux faits de la présente espèce. Le ministère public a bien exposé le critère du lien rationnel dans les termes suivants:

[TRADUCTION] À la différence des affaires *Oakes* et *Whyte*, précitées, il ne s'agit pas en l'espèce d'une présomption fondée sur un fait établi. La présomption que chacun est sain d'esprit s'applique sans preuve d'un fait connu, et jusqu'à preuve du contraire.

Given this distinction, the “rational connection” in the present case must be drawn directly between the objective and the measures employed.

If the Crown’s formulation of the rational connection test is employed using the objective suggested above (i.e., to avoid placing a next to impossible burden on the Crown), the result is that s. 16(4) passes the rational connection test. Placing a burden on an accused who raises s. 16 to prove his or her insanity on a balance of probabilities certainly furthers the objective of not putting a burden on the Crown which is virtually impossible to meet. Thus, the presumption of sanity and the reverse onus embodied in s. 16(4) are rationally connected to the objective.

Therefore, it is necessary to turn to the next part of the proportionality branch of the *Oakes* test: does s. 16(4) impair s. 11(d) “as little as possible”?

2. *As Little as Possible*

The Attorneys General for New Brunswick, Ontario, and Quebec, argue that s. 16(4) impairs the presumption of innocence as little as possible because the persuasive burden is placed on an accused only after the Crown has proved, beyond a reasonable doubt, both *actus reus* and *mens rea*. While the Crown is discharging its initial burden, an accused has the full benefit of s. 11(d).

As stated above, it is not necessarily true that the accused’s burden under s. 16 arises only after the Crown has proved both *actus reus* and *mens rea* beyond a reasonable doubt. While this will sometimes be the case, insanity will often be manifested as a denial of *actus reus* or *mens rea*. Accordingly, I am not convinced by this argument that s. 16(4) impairs the presumption of innocence as little as possible.

Numerous other arguments were made under this branch of the proportionality test (i.e., that

Compte tenu de cette distinction, le «lien rationnel» doit, en l’espèce, être établi directement entre l’objectif et les mesures employées.

Si l’on applique le critère du lien rationnel, tel que l’a formulé le ministère public, à l’objectif proposé ci-dessus (savoir, éviter d’imposer au ministère public un fardeau quasi impossible), il en résulte que le par. 16(4) respecte ce critère. En effet, imposer à l’accusé qui se prévaut de l’art. 16 la charge de prouver son aliénation selon la prépondérance des probabilités favorise assurément l’objectif consistant à dégager le ministère public d’un fardeau dont il lui serait virtuellement impossible de s’acquitter. La présomption que toute personne est saine d’esprit et l’inversion de la charge de la preuve établie au par. 16(4) sont donc rationnellement liées à l’objectif poursuivi.

Par conséquent, il convient de passer à l’autre partie du volet de la proportionnalité au regard de l’arrêt *Oakes*: le par. 16(4) porte-t-il «le moins possible» atteinte à l’al. 11d)?

2. *L’atteinte minimale*

Les procureurs généraux du Nouveau-Brunswick, de l’Ontario et du Québec soutiennent que le par. 16(4) porte le moins possible atteinte à la présomption d’innocence en ce que le fardeau de persuasion n’est imposé à l’accusé qu’après que le ministère public a prouvé, hors de tout doute raisonnable, tant l’*actus reus* que la *mens rea*. Ainsi, pendant que le ministère public s’acquitte de son fardeau initial, l’accusé bénéficie pleinement de l’al. 11d).

Comme je l’ai dit précédemment, il n’est pas nécessairement vrai que le fardeau incombant à l’accusé en vertu de l’art. 16 n’intervient qu’après que le ministère public a prouvé l’*actus reus* et la *mens rea* hors de tout doute raisonnable. S’il en est parfois ainsi, il arrive par contre souvent que la défense d’aliénation se traduise par une négation de l’*actus reus* ou de la *mens rea*. Par conséquent, cet argument ne me convainc pas que le par. 16(4) porte le moins possible atteinte à la présomption d’innocence.

Plusieurs autres arguments ont été avancés en vertu de ce volet du critère de proportionnalité

the reverse onus will not arise very often, that the burden placed on the accused is “not a heavy onus”, etc.). I am not persuaded by any of these arguments. In my view, the question to be addressed at this stage of the s. 1 inquiry is whether Parliament could reasonably have chosen an alternative means which would have achieved the identified objective as effectively.

Recent judgments of this Court (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; and *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123) indicate that Parliament is not required to search out and to adopt the absolutely least intrusive means of attaining its objective. Furthermore, when assessing the alternative means which were available to Parliament, it is important to consider whether a less intrusive means would achieve the “same” objective or would achieve the same objective as effectively.

The appellants have argued that s. 16(4) does not impair the presumption of innocence as little as possible because the objective of the provision could be obtained in a manner which is less intrusive on *Charter* rights. For example, Parliament could have enacted a provision which merely requires an accused alleging insanity to meet an evidentiary burden (i.e., raise a reasonable doubt), at which point the burden would shift to the Crown to disprove insanity (or prove sanity) beyond a reasonable doubt. A number of parties have countered this argument with the contention that placing an evidentiary burden on the accused would not be sufficient to achieve the objective. In other words, s. 16(4) impairs s. 11(d) rights as little as possible because any less intrusive means would not achieve the “same” objective or would not achieve the same objective as effectively.

(par exemple, que les cas d'inversion de la charge de la preuve ne sont pas très fréquents, que le fardeau imposé à l'accusé n'est «pas un lourd fardeau», etc.). Aucun de ces arguments n'emporte non plus mon adhésion. À mon avis, la question que l'on doit résoudre à ce stade de l'examen en vertu de l'article premier est de savoir si le législateur aurait pu raisonnablement choisir un autre moyen qui aurait permis d'atteindre de façon aussi efficace l'objectif identifié.

Il ressort de récents arrêts de notre Cour (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; et *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123) que le législateur n'est pas tenu de rechercher et d'adopter le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif. De plus, lorsqu'on examine les solutions de rechange à la disposition du législateur, il importe de se demander si un moyen moins envahissant permettrait soit d'atteindre le «même» objectif, soit d'atteindre le même objectif de façon aussi efficace.

Les appelants font valoir que le par. 16(4) ne porte pas le moins possible atteinte à la présomption d'innocence en ce que l'objectif que vise la disposition pourrait être rempli d'une manière moins intrusive à l'égard des droits garantis par la *Charte*. Par exemple, le législateur aurait pu adopter une disposition obligeant simplement l'accusé qui invoque l'aliénation à s'acquitter d'un fardeau de présentation (c.-à-d. soulever un doute raisonnable), après quoi il y aurait déplacement de la charge de la preuve et le ministère public aurait alors à démontrer l'inexistence de l'aliénation (ou le fait que l'accusé était sain d'esprit) hors de tout doute raisonnable. Certaines parties ont réfuté cet argument en alléguant que l'imposition d'un fardeau de présentation à l'accusé ne suffirait pas à atteindre l'objectif. En d'autres termes, le par. 16(4) porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l'al. 11(d) parce qu'aucun autre moyen moins envahissant ne permettrait d'atteindre le «même» objectif ou encore d'y parvenir de manière aussi efficace.

The Attorneys General of Quebec and Ontario both argue that an evidentiary burden would be ineffective because it is very easy for an accused to “fake” insanity and to raise a reasonable doubt. Thus, lowering the burden on the accused to a mere evidentiary burden would defeat the very purpose of the presumption of sanity. The appellants answer that only an accused who is willing to be incarcerated under the “L.G.W. system” will be inclined to raise insanity. Given the severe loss of liberty which corresponds to a successful insanity plea, it is unlikely that accused people will raise s. 16 on a routine basis.

It is true that s. 16 will be seldom raised, given the substantial constraint on liberty which follows a successful insanity plea. Nonetheless, I have concluded that the objective of the current provision is “pressing and substantial”, given the next to impossible burden which would be placed on the Crown if s. 16(4) did not exist. If insanity were easier for an accused to establish, the defence would be successfully invoked more often (even if, statistically, it is still infrequently raised). Thus, putting a lesser burden on the accused would not have achieved the objective which is achieved by s. 16(4).

It is, of course, possible to imagine some combination of insanity provisions which might achieve the identified objective and which would violate s. 11(d) to a lesser extent than does the extant provision. For example, Parliament could have enacted a provision which provided that when an accused raises insanity, he is required to raise a reasonable doubt as to his sanity in order to shift the burden to the Crown to disprove insanity (prove sanity) on a balance of probabilities. The provision could also state that if an accused wishes to raise insanity he must submit to psychiatric examinations at the request of the Crown. These hypothetical provisions would also have to address the problem of obtaining evidence regarding insanity as of the time of the offence. Whether such a combination of insanity provisions would achieve the identified objective as effectively as

Les procureurs généraux du Québec et de l'Ontario soutiennent tous deux qu'un fardeau de présentation serait inefficace parce qu'il est très facile pour un accusé de «simuler» l'aliénation et de soulever un doute raisonnable. Réduire le fardeau de l'accusé à un simple fardeau de présentation irait ainsi à l'encontre du but même de la présomption de santé mentale. Les appelants répliquent que seul l'accusé désireux d'être interné en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur sera susceptible d'invoquer l'aliénation. Étant donné la grave privation de liberté découlant de l'acceptation d'un plaidoyer d'aliénation mentale, il est peu probable que les inculpés se mettent à invoquer l'art. 16 de façon routinière.

Il est vrai que l'art. 16 est rarement invoqué, compte tenu de la restriction substantielle à la liberté consécutive au maintien du plaidoyer d'aliénation. J'en viens néanmoins à la conclusion que l'objectif que vise l'actuelle disposition correspond à des préoccupations «urgentes et réelles», vu le fardeau quasi impossible que se verrait imposer le ministère public si le par. 16(4) n'existait pas. S'il était plus facile pour l'accusé d'établir l'aliénation, ce moyen de défense serait utilisé avec succès plus fréquemment (même si, statistiquement, il est encore rarement invoqué). Ainsi, imposer un fardeau moindre à l'accusé n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif que vise le par. 16(4).

Il est certes possible d'imaginer une combinaison de dispositions relatives à l'aliénation qui permettrait d'atteindre l'objectif identifié tout en portant atteinte à l'al. 11d) dans une mesure moindre que ne le fait la présente disposition. Par exemple, le législateur aurait pu édicter une disposition obligeant l'accusé qui invoque l'aliénation à soulever un doute raisonnable quant à sa santé mentale afin d'imposer au ministère public le fardeau de prouver l'inexistence de l'aliénation (ou de prouver que l'accusé était sain d'esprit) selon la prépondérance des probabilités. La disposition pourrait aussi prévoir que l'accusé souhaitant invoquer l'aliénation devra se soumettre à des examens psychiatriques à la demande du ministère public. Ces dispositions hypothétiques devraient également s'attaquer au problème que pose l'obtention de la preuve de l'aliénation au moment de l'infraction. La question

does s. 16(4) is, of course, a matter of speculation. It is impossible to know what the effects of this alternative would be until it is put into practice.

Some of the parties have argued that any alternative to s. 16(4) which would meet the identified objective could very well bring about violations of other *Charter* rights. For example, the *Charter* might be invoked by an individual who was incarcerated under the "L.G.W. system" when only a reasonable doubt existed as to his or her insanity. Some of the parties have also suggested that putting a greater burden on the Crown could lead to violations of s. 8 during the process of gathering evidence. While these arguments are necessarily speculative, they do point out the difficulty faced by Parliament in choosing among the alternative means to meet its "pressing and substantial" objective. As was stated in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, it is not the role of this Court to second-guess the wisdom of policy choices made by Parliament. In enacting s. 16(4), Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting its objective, but it has chosen from a range of means which impair s. 11(d) as little as is reasonably possible. Within this range of means it is virtually impossible to know, let alone be sure, which means violate *Charter* rights the least.

In summary, I conclude that s. 16(4) violates s. 11(d) as little as possible in achieving its objective. It is therefore necessary to address the last part of the proportionality test: are the detrimental effects of s. 16(4) on the presumption of innocence proportional to the objective?

de savoir si une telle combinaison de dispositions touchant l'aliénation mentale permettrait d'atteindre l'objectif identifié aussi efficacement que le fait le par. 16(4) appartient, bien sûr, au domaine
 a de la spéculation. Il est en effet impossible de savoir quels seraient les effets d'une telle solution de rechange tant qu'elle n'aurait pas été mise en pratique.

b

Certaines parties ont soutenu que toute solution de rechange au par. 16(4) susceptible de remplir l'objectif identifié pourrait fort bien entraîner la violation d'autres droits garantis par la *Charte*. Par exemple, la *Charte* pourrait être invoquée par un individu détenu en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur, quand il n'y a qu'un doute raisonnable au sujet de son aliénation mentale. Certaines parties ont aussi suggéré que l'imposition au ministère public d'un fardeau plus lourd pourrait aboutir à des violations de l'art. 8 pendant le processus d'obtention de la preuve. En dépit de leur caractère nécessairement spéculatif, ces arguments font ressortir la difficulté qu'éprouverait le législateur à choisir parmi les mesures possibles en vue de satisfaire à son objectif «urgent et réel». Comme il est dit dans l'arrêt *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, précité, il n'appartient pas à notre Cour d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques du législateur. En édictant le par. 16(4), celui-ci n'a peut-être pas choisi le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais il a choisi parmi une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à l'al. 11(d). Parmi cette variété de moyens, il est pratiquement impossible de savoir, et encore moins de savoir avec certitude, lequel de ces moyens viole le moins les droits garantis par la *Charte*.

En résumé, j'arrive à la conclusion qu'en remplissant son objectif, le par. 16(4) porte le moins possible atteinte à l'al. 11(d). Il convient donc d'appliquer la dernière partie du critère de proportionnalité: les effets préjudiciables qu'exerce le par. 16(4) sur la présomption d'innocence sont-ils proportionnels à l'objectif poursuivi?

3. *Proportionality Between Effects and Objective*

The presumption of sanity and the reversal of onus embodied in s. 16(4) exist in order to avoid placing a virtually impossible burden on the Crown. The burden on the accused is not the full criminal burden; rather, the accused is required to prove his or her insanity on a balance of probabilities. If an accused were able to rebut the presumption merely by raising a reasonable doubt as to his or her insanity, the very purpose of the presumption of sanity would be defeated and the objective would not be achieved. Any other means of achieving the objective could also give rise to violations of other *Charter* rights.

Section 16(4) represents an accommodation of three important societal interests: avoiding a virtually impossible burden on the Crown; convicting the guilty; and acquitting those who truly lack the capacity for criminal intent. The result of this compromise is that some guilty people will be acquitted and will be dealt with via the "L.G.W. system", and some insane (and therefore not guilty) people will be convicted and will be stigmatized and punished as criminals. Of course, this would still be the case if the burden on the accused were lowered so as to require him or her to raise a reasonable doubt as to insanity; some insane accused may be unable even to raise a reasonable doubt as to insanity. This result is the inevitable consequence of the uncertainty of our scientific knowledge and of our commitment (as expressed in s. 11(d)) not to convict those who were insane at the time of the offence. The alternatives to this compromise raise their own *Charter* problems and give no guarantee as to whether they will achieve the objective. As I have mentioned above, the *Charter* does not require Parliament to "roll the dice" in its effort to achieve "pressing and substantial" objectives in order to adopt the absolutely least intrusive legislative provision.

3. *Proportionnalité entre les effets et l'objectif*

La présomption que chacun est sain d'esprit et l'inversion de la charge de la preuve contenues au par. 16(4) ont pour raison d'être de dispenser le ministère public d'un fardeau dont il lui serait virtuellement impossible de se dégager. La charge que supporte l'accusé tenu d'apporter la preuve de son aliénation n'est pas la charge pénale complète, mais bien celle de la prépondérance des probabilités. S'il lui était possible de repousser la présomption simplement en suscitant un doute raisonnable quant à son aliénation, le but même de la présomption serait mis en échec et l'objectif ne serait pas atteint. Tout autre moyen de parvenir à cet objectif est par ailleurs susceptible de donner lieu à la violation d'autres droits garantis par la *Charte*.

Le paragraphe 16(4) représente un compromis entre trois intérêts sociétaux importants: éviter qu'incombe au ministère public un fardeau quasi impossible à supporter, condamner les coupables et acquitter ceux dont la capacité de former une intention criminelle est véritablement déficiente. Ce compromis a comme résultat que certains coupables seront acquittés et assujettis au régime des mandats du lieutenant-gouverneur, alors que certains aliénés (donc des non-coupables) seront déclarés coupables, stigmatisés et punis comme des criminels. Bien sûr, ce serait encore le cas si le fardeau imposé à l'accusé était allégé de façon à exiger qu'il soulève un doute raisonnable quant à l'aliénation mentale; certains accusés aliénés pourraient être incapables de même soulever un doute raisonnable sur l'aliénation mentale. C'est la conséquence inévitable de l'incertitude de nos connaissances scientifiques ainsi que de notre volonté (consacrée à l'al. 11d)) de ne pas déclarer coupables les personnes qui étaient aliénées au moment de l'infraction. Les solutions de rechange à ce compromis soulèvent leurs propres problèmes au regard de la *Charte* et ne présentent aucune garantie quant à l'atteinte de l'objectif. Comme je l'ai mentionné précédemment, la *Charte* n'exige pas que le Parlement, dans les efforts qu'il déploie pour atteindre des objectifs «urgents et réels», «lance les dés» dans l'espoir d'adopter la disposition législative qui, dans l'absolu, serait la moins envahissante possible.

While the effect of s. 16(4) on the presumption of innocence is clearly detrimental, given the importance of the objective that the Crown not be encumbered with an unworkable burden and given that I have concluded above that s. 16(4) limits s. 11(d) as little as is reasonably possible, it is my view that there is proportionality between the effects of the measure and the objective.

Accordingly, s. 16(4) is a reasonable limit on the presumption of innocence which can be upheld under s. 1 of the *Charter*.

Having dealt with the constitutional questions, I turn now to a consideration of the other issues raised by the appellants.

The Meaning of "Wrong" in s. 16(2)

The appellants submit that the trial judge erred in his direction to the jury in stating that the word "wrong" as used in s. 16(2) means "contrary to the laws of Canada" and that the Court of Appeal erred in holding that the trial judge had made no mistake in this regard. It is argued that the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* should be interpreted by this Court to mean "morally wrong" and not simply "legally wrong". Section 16(2) reads as follows:

16. ...

(2) For the purposes of this section, a person is insane when the person is in a state of natural imbecility or has disease of the mind to an extent that renders the person incapable of appreciating the nature and quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong.

At trial, the jury was asked to consider whether the appellants were not guilty by reason of insanity under both branches of the test in s. 16(2). The jury rejected the plea of insanity and the appellants were convicted of first degree murder. The question of the correct interpretation and application of the first branch of the test for insanity in s. 16(2), namely, whether the appellants were capable of appreciating the nature and quality of the

Bien que le par. 16(4) ait clairement pour effet de porter atteinte à la présomption d'innocence, je suis d'avis, compte tenu de l'importance que revêt l'objectif de ne pas encombrer le ministère public d'un fardeau trop lourd et vu ma conclusion précédente selon laquelle le par. 16(4) porte aussi peu que possible atteinte à l'al. 11(d), qu'il y a proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif poursuivi.

En conséquence, le par. 16(4) constitue une limite raisonnable à la présomption d'innocence qui peut être maintenue en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Ayant terminé l'examen des questions constitutionnelles, je m'attacherai maintenant aux autres questions litigieuses soulevées par les appelants.

La signification du mot «mauvais» employé au par. 16(2)

Les appelants soutiennent, d'une part, que le juge du procès a donné au jury des directives erronées quand il lui a dit que le mot «mauvais» utilisé au par. 16(2) voulait dire «prohibé par les lois du Canada» et, d'autre part, que la Cour d'appel a décidé erronément que le juge du procès n'avait pas commis d'erreur à cet égard. Selon leur argument, notre Cour doit donner au mot «mauvais» employé au par. 16(2) du *Code* le sens de «moralement répréhensible» ou «moralement mauvais» et non pas simplement d'«illégal». Le paragraphe 16(2) est ainsi conçu:

16. ...

(2) Pour l'application du présent article, une personne est aliénée lorsqu'elle est dans un état d'imbécillité naturelle ou atteinte de maladie mentale à un point qui la rend incapable de juger la nature et la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

Au procès, on a chargé le jury de se demander si les appelants n'étaient pas coupables en raison de leur aliénation mentale aux termes des deux volets du critère prévu au par. 16(2). Le jury a repoussé le plaidoyer d'aliénation mentale et les appelants ont été déclarés coupables de meurtre au premier degré. Notre Cour n'est pas appelée à statuer sur la question de la bonne interprétation et de l'application du premier volet du critère touchant l'alié-

act committed, is not before this Court. However, the correct interpretation of the second branch of the test, that is, whether the appellants were capable of knowing that their act was wrong, is directly in issue in this appeal.

In his directions to the jury, Ferg J. clearly stated the meaning that was to be given to the term "wrong" for the purposes of s. 16(2). He directed:

Next as an alternative even if the accused did appreciate the nature and quality of what he was doing and it's for you to decide, as I've said, is also insanity if the accused was laboring under a disease of the mind that rendered him incapable of knowing that his act was wrong. [*sic*] By wrong I mean that it was a criminal act or legally wrong.

Again, if you are satisfied on the balance of probabilities that either accused was incapable of knowing that his act was legally wrong because of a disease of the mind from which he was suffering, you will find him not guilty by reason of insanity.

After deliberating for some time, the jury asked the trial judge the following question:

Re: Knowledge of the laws of Canada:

(a) does this refer to simple knowledge of the rules as evidenced by recognition of the consequences, i.e.: police and jail term or;

(b) does it refer to their awareness of whether the laws apply to them at the time of the murder . . .

Ferg J. answered their question by repeating substantially what he had stated in his original direction. He summarized:

This part is the alternative, the second part, and this has to do with knowledge capable of knowing his act was wrong. As an alternative even if the accused did — if you find that it's for you to decide — did appreciate the nature and quality of what he was doing, and it's for you to decide as I just said, it is also insanity if the accused was laboring under a disease of the mind that rendered him incapable of knowing that his act was wrong and by the word wrong I mean that it was a criminal act or illegally wrong, if you will, the laws of Canada. [*sic*]

nation mentale contenu au par. 16(2), savoir la question suivante: les appelants étaient-ils capables de juger la nature et la qualité de l'acte commis? Toutefois, l'interprétation qu'il convient de donner au second volet du critère — les appelants étaient-ils capables de savoir que leur acte était mauvais? — est directement visée par ce pourvoi.

Dans ses directives au jury, le juge Ferg a précisé clairement le sens qu'il y avait lieu de donner au mot «mauvais» employé au par. 16(2):

[TRADUCTION] Vient ensuite la seconde hypothèse: même si l'accusé était en mesure de juger la nature et la qualité de l'acte qu'il accomplissait, ce qu'il vous appartient de décider, je vous le répète, l'accusé est aussi aliéné s'il avait une maladie mentale qui le rendait incapable de savoir que son acte était mauvais. Par mauvais, j'entends que c'était une infraction criminelle ou un acte illégal.

Encore une fois, si vous êtes convaincus, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était incapable, à cause d'une maladie mentale, de savoir que son acte était illégal, vous le déclarerez non coupable pour cause d'aliénation mentale.

Après avoir délibéré pendant quelque temps, le jury a posé au juge la question suivante:

[TRADUCTION] Au sujet de la connaissance des lois du Canada:

a) cela signifie-t-il simple connaissance des règles, telle que manifestée par la conscience des conséquences, par exemple, police et emprisonnement ou;

b) cela signifie-t-il conscience, au moment du meurtre, de l'applicabilité des lois du Canada à leur égard . . .

Le juge Ferg a répondu à cette question en répertant pour l'essentiel ce qu'il avait déjà dit. Il a résumé ses propos comme suit:

[TRADUCTION] C'est la seconde hypothèse, la seconde partie de l'alternative, qui se rapporte à la connaissance, à la capacité de savoir que son acte était mauvais. Dans cette hypothèse, même si l'accusé — d'après vous, c'est à vous qu'il revient de le décider — était en mesure de juger la nature et la qualité de ce qu'il faisait, et c'est à vous qu'il appartient d'en décider, je le répète, il était aliéné si, en raison d'une maladie mentale, il était incapable de savoir que son acte était mauvais et le mot mauvais veut dire qu'il savait que c'était une infraction criminelle ou que c'était illégal, c'est-à-dire contraire aux lois du Canada.

The Court of Appeal found no error on the part of the trial judge in directing the jury, stating that it was clear that the appellants “knew and fully appreciated the nature and consequences of their acts and they knew that what they were doing was legally wrong”.

As noted above, the appellants submit that the term “wrong” for the purposes of s. 16(2) of the *Code* should be interpreted to mean “morally” wrong and not “legally” wrong. The respondent made no submission with respect to this issue in its factum, but argued orally that, regardless of the meaning that is to be given to the word “wrong” in this case, the difference between morally wrong and legally wrong where a very serious offence such as murder is involved “is so narrow as to be hardly worth the effort of deciding between them.” It was further argued in oral pleadings that the meaning of “wrong” in s. 16(2), having its source in the seminal judgment of the House of Lords in *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, incorporates not only a moral but also a legal dimension in such a way that the two cannot be divorced, with the result that a person who knows that an act is legally wrong must also comprehend that the act is morally wrong.

The meaning of the term “wrong” for the purposes of s. 16(2) was determined by this Court in *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673. Speaking for the majority, Martland J. held that the capacity to know that an act is wrong in this context means no more than the capacity to know that what one is doing is against the law of the land.

The majority reviewed the principles enunciated in *M’Naghten’s Case* and considered their subsequent application by the Court of Criminal Appeal in England and by the High Court of Australia. In *M’Naghten’s Case*, Lord Tindal C.J. stated (at pp. 722-23):

... to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing;

La Cour d’appel a estimé que le juge du procès n’avait pas commis d’erreur en donnant ses directives au jury. Selon elle, les appelants à l’évidence [TRADUCTION] «connaissaient et étaient bien à même de juger la nature et les conséquences de leurs actes et ils savaient que ce qu’ils faisaient était illégal».

Comme nous l’avons vu, les appelants soutiennent qu’il faut donner au mot «mauvais», aux fins du par. 16(2) du *Code*, le sens de «moralement répréhensible et non pas d’illégal». L’intimée n’a pas présenté d’argument sur cette question dans son mémoire, mais elle a affirmé à l’audience que, peu importe le sens qui sera donné au mot «mauvais» dans cette affaire, la différence entre moralement répréhensible et illégal, par rapport à un crime aussi grave que le meurtre, [TRADUCTION] «est tellement ténue qu’il ne vaut pas la peine à vrai dire de s’y arrêter». Elle a en outre soutenu dans sa plaidoirie que, comme le mot «mauvais» employé au par. 16(2) qui provient de l’arrêt charnière de la Chambre des lords *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718, avait non seulement une connotation morale, mais encore une connotation juridique, qu’il était impossible de dissocier. Ainsi la personne qui sait qu’un acte est illégal doit également savoir qu’il est moralement répréhensible.

Cette Cour s’est prononcée sur la signification du mot «mauvais», aux fins du par. 16(2), dans l’arrêt *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673. Exprimant le point de vue de la majorité, le juge Martland a décidé que la capacité de savoir qu’un acte est mauvais, dans ce contexte, s’entendait tout au plus de la capacité de savoir que l’acte accompli est une infraction réprimée par les lois du pays.

Les juges de la majorité ont étudié les principes énoncés dans l’arrêt *M’Naghten* et leur application par la Cour des appels criminels en Angleterre et par la Haute Cour d’Australie. Dans l’arrêt *M’Naghten*, le lord juge en chef Tindal dit (aux pp. 722 et 723):

[TRADUCTION] ... pour faire valoir l’aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu’au moment où l’acte a été commis, l’accusé souffrait d’une imperfection de la raison, due à une maladie mentale telle qu’il ignorait la nature et la qualité de

or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.

If the question were to be put as to the knowledge of the accused solely and exclusively with reference to the law of the land, it might tend to confound the jury, by inducing them to believe that an actual knowledge of the law of the land was essential in order to lead to a conviction; whereas the law is administered upon the principle that every one must be taken conclusively to know it, without proof that he does know it. If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable; and the usual course therefore has been to leave the question to the jury, whether the party accused had a sufficient degree of reason to know that he was doing an act that was wrong; and this course we think is correct, accompanied with such observations and explanations as the circumstances of each particular case may require. [Emphasis added.]

The majority continued by considering the application of the *M'Naghten* rules by the Court of Criminal Appeal in *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21, and *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826. In *Codere*, Lord Reading C.J. held (at pp. 27-28):

It is conceded now that the standard to be applied is whether according to the ordinary standard adopted by reasonable men the act was right or wrong. There may be cases where it is difficult to decide that question, but that is not the case here.

That is the accepted test, and applying it in this case there can be no room for doubt; once it is clear that the appellant knew that the act was wrong in law, then he was doing an act which he was conscious he ought not to do, and as it was against the law, it was punishable by law; assuming, therefore, that he knew the nature and quality of the act, he was guilty of murder, and was properly convicted.

The difficulty no doubt arises over the words "conscious that the act was one which he ought not to do," but, looking at all the answers in *M'Naghten's* case, it seems that if it is punishable by law it is an act which he ought not to do, and that is the meaning in which the phrase is used in that case.

l'acte par lui commis, ou s'il les connaissait, telle qu'il ignorait que ce qu'il faisait était mauvais.

^a S'il fallait poser la question de la connaissance de l'accusé simplement et exclusivement en fonction de la loi du pays, cela pourrait jeter le jury dans la confusion en le portant à croire qu'une connaissance réelle de la loi du pays est indispensable pour entraîner une déclaration de culpabilité; alors que l'application de la loi repose sur le principe que chacun est présumé connaître la loi sans preuve de sa connaissance de fait. ^b Si l'accusé avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d'une peine; et la méthode employée a consisté à laisser le jury décider si ^c l'accusé jouissait suffisamment de sa raison pour savoir qu'il commettait un acte mauvais; et nous croyons que cette méthode est juste si elle est accompagnée des observations et explications qu'exigent les circonstances de chaque cas. [Je souligne.] ^d

Les juges formant la majorité ont ensuite examiné l'application des règles *M'Naghten* par la Cour des appels criminels dans *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21 et *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826. Dans l'arrêt *Codere*, le lord juge en chef Reading a dit (aux pp. 27 et 28):

^e [TRADUCTION] On reconnaît maintenant que la question à se poser est de savoir si, conformément aux principes ordinaires adoptés par les gens raisonnables, l'acte est bon ou mauvais. Il peut être parfois difficile de trancher cette question, mais ce n'est pas le cas en ^f l'espèce. ^g

C'est là le critère reconnu et, si on l'applique en l'espèce, il ne peut subsister aucun doute; une fois établi que l'appelant savait que l'acte était mauvais en droit, il accomplissait un acte qu'il savait interdit, et, comme cet acte était contraire à la loi, il était punissable en droit; donc, si l'on présume qu'il connaissait la nature et la qualité de l'acte, il était coupable de meurtre et c'est à bon droit qu'il a été déclaré coupable. ^h

La difficulté provient sans doute des mots «avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir», mais, si l'on examine toutes les réponses données dans l'arrêt *M'Naghten*, il semble que si l'acte est punissable en droit, c'est un acte que l'accusé n'aurait pas dû accomplir, et c'est le sens dans lequel les mots en question sont employés dans cette affaire. ⁱ ^j

In *Windle*, Lord Goddard C.J. stated clearly that the word “wrong” as used in the *M’Naghten* rules meant “legally wrong” (at p. 833):

Courts of law can only distinguish between that which is in accordance with law and that which is contrary to law The law cannot embark on the question, and it would be an unfortunate thing if it were left to juries to consider whether some particular act was morally right or wrong. The test must be whether it is contrary to law.

Lastly, the majority in *Schwartz* considered the judgment of the High Court of Australia in *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. In *Stapleton*, the High Court refused to apply *Windle*. Instead, citing directions that Dixon C.J. had given to a jury as a trial judge, the High Court held that the capacity of the accused to make moral judgments must be examined and that “wrong” was not to be defined narrowly as a legal wrong (at p. 367):

The question is whether he was able to appreciate the wrongness of the particular act he was doing at the particular time. Could this man be said to know in this sense whether his act was wrong if through a disease or defect or disorder of the mind he could not think rationally of the reasons which to ordinary people make that act right or wrong? If through the disordered condition of the mind he could not reason about the matter with a moderate degree of sense and composure it may be said that he could not know that what he was doing was wrong.

The majority in *Schwartz* rejected the application of the *M’Naghten* rules in *Stapleton* in favour of the decision of the Court of Criminal Appeal in *Codere*. In their view, the effect of s. 16(2) is to make the defence of insanity available to an accused who, because he suffered from a disease of the mind, did not know that he was committing a crime. The majority did not believe that the test adopted by the High Court of Australia in *Stapleton* differed from the “legally wrong” test since, “according to the ordinary principles of reasonable men, it is wrong to commit a crime” (p. 701). Even if there was a difference between the two tests, they could not accept that an insane person, committing an act that he knows to be a crime,

Dans l’arrêt *Windle*, le lord juge en chef Goddard dit clairement que le mot «mauvais» employé dans les règles *M’Naghten* signifie «légalement mauvais» (à la p. 833):

^a [TRADUCTION] Les tribunaux ne peuvent faire une distinction qu’entre ce qui est conforme à la loi et ce qui lui est contraire. [. . .] La loi ne peut pas se mettre à déterminer si un acte donné est moralement bon ou mauvais, et il serait regrettable qu’on confie ce soin au jury. Il s’agit donc de déterminer si l’acte est illégal.

Enfin, les juges de la majorité dans l’arrêt *Schwartz* ont étudié le jugement de la Haute Cour d’Australie dans l’affaire *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. Dans l’affaire *Stapleton*, la Haute Cour a refusé d’appliquer l’arrêt *Windle*. Elle a plutôt cité les directives que le juge en chef Dixon avait données à un jury en qualité de juge du procès et elle a décidé qu’il y avait lieu de tenir compte de la capacité de l’accusé de distinguer le bien du mal et qu’il ne fallait pas interpréter restrictivement le mot «mauvais» comme signifiant illégal (à la p. 367):

^e [TRADUCTION] La question est de savoir s’il était capable de se rendre compte que l’acte était mauvais au moment où il l’accomplissait. Peut-on dire que cet homme savait, dans ce sens, que son acte était mauvais si, en raison d’une maladie, d’une déficience mentale ou de troubles mentaux, il ne pouvait concevoir de façon rationnelle les motifs qui, pour les gens ordinaires, rendent cet acte bon ou mauvais? Si, en raison de son état mental, il ne pouvait raisonner sur la question avec un certain degré de bon sens et de calme, on peut dire qu’il ne pouvait savoir que ce qu’il faisait était mauvais.

Dans *Schwartz*, la Cour à la majorité a rejeté l’application des règles *M’Naghten* dans l’arrêt *Stapleton*, préférant suivre l’arrêt *Codere* de la Cour des appels criminels. À son avis, l’effet du par. 16(2) est de mettre la défense d’aliénation mentale à la portée de l’accusé qui, en raison de sa maladie mentale, ne savait pas qu’il commettait un crime. Les juges de la majorité ne croyaient pas que le critère adopté par la Haute Cour d’Australie dans l’arrêt *Stapleton* différait du critère touchant l’acte «illégal», puisque, «selon les principes ordinaires des gens raisonnables, commettre un crime est «mauvais»» (p. 701). Même s’il existait une différence entre ces critères, ils ne pouvaient pas accepter qu’un aliéné, qui a commis sciemment

could be acquitted if he believed that the act was acceptable according to the standards of reasonable men when a sane person believing such would not be acquitted. Furthermore, the majority rejected the test adopted in *Stapleton* on the ground that it entailed a subjective approach by examining the individual capacity of an accused to reason as to the wrongfulness of an act (at pp. 701-2):

In my opinion the test provided in s. 16(2) is not as to whether the accused, by reason of mental disease, could or could not calmly consider whether or not the crime which he committed was morally wrong. He is not to be considered as insane within s. 16(2) if he knew what he was doing and also knew that he was committing a criminal act.

Dickson J., as he then was, dissented in *Schwartz*. He noted that the word "wrong" as used in s. 16(2) is ambiguous and is capable of meaning either "legally" or "morally" wrong. He also noted that the issue had given rise to conflicting lines of authority in England, Australia and Canada.

In order to resolve this question, Dickson J. first examined the internal structure of the *Code* in order to determine the meaning that Parliament intended to give the term. It would have been internally coherent, he submitted, for Parliament to use the word "unlawful" if it had intended "wrong" to mean "contrary to law". Furthermore, the use of the word "*mauvais*" in the French version of s. 16(2) suggests that Parliament intended the term to have a meaning broader than merely "unlawful". Lastly, s. 13 formerly provided that no child between seven and thirteen years of age could be convicted of a criminal offence "unless he was competent to know the nature and consequences of his conduct and to appreciate that it was wrong"; it would be insupportable, in this context, to equate knowledge that an act is wrong with the knowledge that the act is contrary to law.

Dickson J. then considered jurisprudential and doctrinal authorities antedating *M'Naghten's Case*

un crime, pourrait être acquitté s'il croyait que l'acte était acceptable selon les principes ordinaires des gens raisonnables, alors qu'une personne saine d'esprit ne serait pas acquittée si elle croyait la même chose. Au surplus, les juges de la majorité ont rejeté le critère adopté dans l'arrêt *Stapleton* pour la raison qu'il demandait une approche subjective, consistant à examiner la capacité de l'accusé de raisonner sur le caractère mauvais de l'acte (aux pp. 701 et 702):

[TRADUCTION] J'estime que le critère prévu au par. 16(2) n'est pas de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale, pouvait ou ne pouvait pas réfléchir calmement sur la question de savoir si le crime qu'il commettait était ou non moralement mauvais. On ne doit pas le considérer comme aliéné au sens du par. 16(2) s'il savait ce qu'il faisait et savait aussi qu'il commettait un acte criminel.

Dans l'arrêt *Schwartz*, le juge Dickson, alors juge puîné, a été dissident. Il a fait remarquer que le mot «mauvais» employé au par. 16(2) est ambigu et peut signifier soit «illégal», soit «moralement répréhensible». Il a également fait observer que la question avait donné naissance à deux courants de jurisprudence divergents en Angleterre, en Australie et au Canada.

Pour résoudre cette question, le juge Dickson a d'abord étudié l'économie du *Code* afin de déterminer le sens que le Parlement a voulu donner au mot. Par souci de cohérence, a-t-il affirmé, le Parlement aurait utilisé le terme «illégal» s'il avait voulu donner au mot «mauvais» le sens de «contraire à la loi». Par surcroît, dans la version française du par. 16(2), c'est le mot «mauvais» qui est employé; c'est donc que le Parlement a voulu donner à ce terme une acception plus large que celle de «illégal». Pour terminer, l'art. 13 disposait antérieurement que l'enfant de sept à treize ans ne devait pas être déclaré coupable d'infraction criminelle «à moins qu'il ne fût en état de comprendre la nature et les conséquences de sa conduite et de juger qu'il agissait mal»; il serait intolérable dans ce contexte d'assimiler la connaissance du caractère mauvais d'un acte et la connaissance de l'illégalité de l'acte.

Le juge Dickson a ensuite examiné la jurisprudence et la doctrine antérieures à l'arrêt *M'Naghten*

and concluded that the historical common law test to determine the criminal responsibility of insane persons was whether the particular accused had the capacity to distinguish between conduct that was good or evil, right or wrong. *M'Naghten's Case*, in his view, did not depart from this standard. In fact, the case drew a clear line between knowledge that an act is illegal and knowledge that the act is one that a person ought not do; this distinction is revealed in the following passage in *M'Naghten's Case* (at p. 723):

If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable.

This passage indicates clearly that an accused will only be convicted if he commits an act which he knows he ought not do and which, at the same time, is contrary to law. As a result of his interpretation of *M'Naghten's Case* and the antecedent common law, Dickson J. concluded that *Windle* was decided wrongly and that the judgment in *Codere* was to be restricted to the particular facts of the case. The reasoning in *Stapleton* was preferred.

More fundamentally, Dickson J. concluded that a reading of s. 16(2) as a whole leads to the conclusion that "wrong" must mean contrary to the ordinary moral standards of reasonable men and women. The object of s. 16(2) is to protect individuals who do not have the capacity to judge whether an act is wrong; the inquiry as to the capacity of an accused to reason must not end simply because it is determined that the accused knew that the act was a crime. He argued that this would not serve to protect amoral persons since any incapacity must result from a disease of the mind (at p. 689):

Section 16(2) must be read *in toto*. One looks at capacity to reason and to reach rational decisions as to whether the act is morally wrong. If wrong simply means "illegal" this virtually forecloses any inquiry as to capacity. The question for the jury is whether mental illness so obstructed the thought processes of the accused as to make him incapable of knowing that his acts were morally wrong. The argument is sometimes advanced that a moral test favours the amoral offender and that the most favoured will be he who had rid

ten et a conclu que le critère historique de la common law selon lequel est établie la responsabilité pénale des aliénés est celui de savoir si l'accusé était capable de distinguer le bien du mal. Il était d'avis que l'arrêt *M'Naghten* n'avait pas écarté cette norme. De fait, l'arrêt établit une distinction claire entre la connaissance de l'illégalité de l'acte et la connaissance de son caractère moralement répréhensible; cette distinction ressort du passage suivant de l'arrêt *M'Naghten* (à la p. 723):

[TRADUCTION] Si l'accusé avait conscience que l'acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d'une peine;

Cet extrait indique nettement qu'un accusé ne sera déclaré coupable que s'il commet un acte qu'il sait qu'il ne doit pas accomplir et qui est en même temps contraire à la loi. Ayant ainsi interprété l'arrêt *M'Naghten* et la common law antérieure, le juge Dickson a conclu que la décision rendue dans *Windle* était erronée et qu'il fallait restreindre le jugement dans l'affaire *Codere* aux faits de cette affaire. Il a plutôt retenu le raisonnement de l'arrêt *Stapleton*.

S'attachant aux principes, le juge Dickson a conclu qu'il ressortait de l'ensemble du par. 16(2) que le mot «mauvais» signifiait contraire aux principes moraux ordinairement acceptés par les gens raisonnables. L'objet du par. 16(2) est de protéger les personnes qui n'ont pas la capacité de juger si un acte est mauvais; on ne doit pas cesser de s'interroger sur la capacité de l'accusé de raisonner simplement parce que l'on a établi qu'il savait que l'acte était un crime. Il a affirmé que ce critère ne protégerait pas les personnes amORALES car l'incapacité doit résulter d'une maladie mentale (aux pp. 689 et 690):

Le paragraphe (2) de l'art. 16 doit être traité comme un tout. L'élément important, c'est la capacité de l'accusé de raisonner et d'arriver à des décisions rationnelles sur la question de savoir si l'acte est moralement mauvais. Si le mot mauvais veut dire simplement «illégal», on n'aurait à toute fin pratique pas à s'interroger sur la capacité. La question que doit se poser le jury est celle de savoir si la maladie mentale de l'accusé entravait son processus mental au point de le rendre incapable de savoir que ses actes étaient moralement mauvais. Cer-

himself of all moral compunction. This argument overlooks the factor of disease of the mind. If, as a result of disease of the mind, the offender has lost completely the ability to make moral distinctions and acts under an insane delusion, it can well be said that he should not be criminally accountable.

The interpretation of “wrong” as meaning “morally wrong” would not, in his opinion, have the effect of opening up the insanity defence to a far greater number of accused persons. First, what is illegal and what breaches society’s moral standards do not often differ. Secondly, “[m]oral wrong” is not to be judged by the personal standards of the offender but by his awareness that society regards the act as wrong” (p. 678). He concluded that an accused is not therefore free, as a result of such interpretation, to substitute at will his own sense of morality for that of society, but is to be acquitted by reason of insanity if, by reason of disease of the mind, he is incapable of knowing that society generally considers a particular act to be immoral.

With respect for contrary views, it is my opinion that *Schwartz* was wrongly decided by this Court and that the dissenting opinion of Dickson J. (concurrent in by Laskin C.J., Spence and Beetz J.J.) is to be preferred. The majority judgment fails, in my respectful view, to appreciate the manner in which insanity renders our normal principles of criminal responsibility inapplicable to an individual as well as the particular objectives of s. 16 of the *Code*.

I do not dispute the principle that this Court should not easily overrule its prior judgments. In this regard, I refer to the words of Dickson C.J., in which I concurred, in *R. v. Bernard*, [1988] 2 S.C.R. 833, at p. 849 (Dickson C.J. was in dissent, although the Justices who disagreed with his conclusions did not disagree with him on this point):

tains prétendent qu’un critère fondé sur la notion de moralité favorise le criminel amoral et que se trouvent ainsi privilégiés ceux qui se sont débarrassés de tout scrupule. Cet argument ne tient pas compte du facteur que constitue la maladie mentale. Si, par suite d’une maladie mentale, le criminel est totalement incapable de discernement moral et agit sous l’empire du délire, on peut dire avec raison qu’il n’est pas criminellement responsable.

À son avis, donner au mot «mauvais» le sens de «moralement répréhensible» n’aurait pas pour effet de permettre à un nombre beaucoup plus grand d’accusés d’invoquer la défense d’aliénation mentale. Premièrement, l’interdiction légale et les normes morales de la société divergent rarement. Deuxièmement, «[u]n acte n’est pas «moralement mauvais» parce que le contrevenant le juge tel d’après ses critères personnels, mais parce qu’il sait que la société le considère mauvais» (p. 678). Il a conclu qu’il n’est pas, par voie de conséquence, loisible à l’accusé, par suite de cette interprétation, de substituer son propre jugement à celui de la société, mais il doit être acquitté si, en raison d’une maladie mentale, il est incapable de se rendre compte que la société considère qu’en règle générale, un acte donné est immoral.

Je me trouve malheureusement dans l’obligation d’affirmer que notre Cour a commis une erreur en rendant l’arrêt *Schwartz* et qu’il convient de préférer l’opinion dissidente du juge Dickson (à laquelle ont souscrit le juge en chef Laskin et les juges Spence et Beetz). À mon sens, les juges formant la majorité n’ont pas tenu compte de la manière dont l’aliénation mentale rend nos principes ordinaires de la responsabilité pénale inapplicables à un individu et aux objectifs particuliers de l’art. 16 du *Code*.

Je ne mets pas en doute le principe que notre Cour ne doit pas renverser à la légère ses arrêts antérieurs. À cet égard, je reprends les propos du juge en chef Dickson, auxquels j’ai souscrit, dans l’arrêt *R. c. Bernard*, [1988] 2 R.C.S. 833, à la p. 849 (le juge en chef Dickson était dissident, quoique les juges qui n’ont pas souscrit à ses conclusions n’aient pas été en désaccord avec lui sur ce point):

Let me say immediately that, even if a case were wrongly decided, certainty in the law remains an important consideration. There must be compelling circumstances to justify departure from a prior decision. On the other hand, it is clear that this Court may overrule its own decisions and indeed, it has exercised that discretion on a number of occasions.

In my opinion, it is appropriate in this case to overrule the majority decision in *Schwartz* with respect to the meaning of "wrong" in s. 16(2). Dickson C.J. described in *Bernard* four separate factors that would support a decision by this Court to overrule an earlier judgment. These factors were not held to be a comprehensive list nor was it claimed that they must all be present in a particular case to justify overruling a prior decision. They are instead guidelines to assist this Court in exercising its discretion. The fourth factor that was discussed by Dickson C.J., and that is directly relevant to the case at bar, is whether the prior judgment in the context of penal law is unfavourable to an accused in that it expands the scope of criminal responsibility beyond acceptable limits. Dickson C.J. stated (at pp. 860-61):

Respect for the principle of certainty and the institutional limits imposed upon the law-making function of the courts should constrain the Court from overruling a prior decision where the effect would be to expand criminal liability. It is not for the courts to create new offences, or to broaden the net of liability, particularly as changes in the law through judicial decision operate retrospectively. The same argument does not apply, however, where the result of overruling a prior decision is to establish a rule favourable to the accused.

In my view, *Schwartz* had the effect of expanding the scope of criminal responsibility unacceptably to include persons who, by reason of disease of the mind, were incapable of knowing that an act was wrong according to the normal and reasonable standards of society even though they were aware that the act was formally a crime. It is now necessary for this Court to reconsider its decision in *Schwartz* in order to redefine the scope of

Je souligne immédiatement que, même si une affaire a été décidée de façon erronée, le principe de la certitude en droit demeure une considération importante. Il doit en effet y avoir des circonstances impérieuses pour justifier qu'on s'écarte d'un précédent. D'un autre côté, il est évident que cette Cour peut renverser ses propres arrêts, pouvoir discrétionnaire qu'elle a d'ailleurs exercé à plusieurs reprises.

À mon avis, il est opportun en l'espèce de renverser l'arrêt *Schwartz* rendu à la majorité quant au sens du mot «mauvais» au par. 16(2). Dans l'arrêt *Bernard*, le juge en chef Dickson a énuméré quatre facteurs qui justifient la décision de notre Cour de renverser un arrêt antérieur. Ils n'étaient pas censés représenter une liste exhaustive et il n'était pas nécessaire que tous les facteurs soient présents dans une affaire donnée pour que soit justifiée la décision de renverser un jugement antérieur. Ils ne constituent que des principes directeurs qui doivent guider notre Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Le quatrième facteur qu'a examiné le juge en chef Dickson et qui se rapporte directement à l'espèce est que l'arrêt antérieur, dans le contexte du droit pénal, joue contre l'accusé en élargissant la portée de la responsabilité pénale au-delà des limites acceptables. Le juge en chef Dickson dit (aux pp. 860 et 861):

Le respect du principe de la certitude et les restrictions institutionnelles imposées aux tribunaux en ce qui concerne l'élaboration du droit prétorien devraient inciter la Cour à refuser de renverser un arrêt antérieur quand cela aurait pour effet d'élargir la responsabilité criminelle. Il n'appartient pas aux tribunaux de créer de nouvelles infractions ni de donner plus d'extension à la responsabilité, d'autant plus que les changements apportés au droit par des décisions judiciaires ont un effet rétroactif. Le même argument ne peut toutefois pas être invoqué lorsque le fait de renverser un arrêt antérieur a pour conséquence la création d'une règle favorable à l'accusé.

À mon avis, l'arrêt *Schwartz* a eu pour effet d'élargir d'une manière inacceptable la portée de la responsabilité pénale, en l'étendant aux personnes qui, en raison d'une maladie mentale, étaient incapables de savoir qu'un acte était mauvais selon les principes ordinaires de la société, bien qu'elles se soient rendu compte que l'acte constituait formellement un crime. Il est maintenant nécessaire que notre Cour réexamine la décision qu'elle a

criminal liability in a manner that will bring it into accordance with the basic principles of our criminal law.

The rationale underlying the defence of insanity in Canada, as discussed above under the rubric "The Nature of the Insanity Provisions", rests on the belief that persons suffering from insanity should not be subject to standard criminal culpability with its resulting punishment and stigmatization. This belief, in turn, flows from the principle that individuals are held responsible for the commission of criminal offences because they possess the capacity to distinguish between what is right and what is wrong.

Section 16(2) of the *Code* embodies this conception of criminal responsibility by providing that no person shall be convicted of an offence who, at the time of committing the act in question, is in a state of "natural imbecility" or has disease of the mind to such a degree as to render him incapable of "knowing that an act or omission is wrong." The principal issue in this regard is the capacity of the accused person to know that a particular act or omission is wrong. As such, to ask simply what is the meaning of the word "wrong" for the purposes of s. 16(2) is to frame the question too narrowly. To paraphrase the words of the House of Lords in *M'Naghten's Case*, the courts must determine in any particular case whether an accused was rendered incapable, by the fact of his mental disorder, of knowing that the act committed was one that he ought not have done.

Viewed from this perspective, it is plain to me that the term "wrong" as used in s. 16(2) must mean more than simply "legally wrong". In considering the capacity of a person to know whether an act is one that he ought or ought not to do, the inquiry cannot terminate with the discovery that the accused knew that the act was contrary to the formal law. A person may well be aware that an act is contrary to law but, by reason of "natural imbecility" or disease of the mind, is at the same time incapable of knowing that the act is morally wrong in the circumstances according to the moral standards of society. This would be the case, for

rendue dans *Schwartz* afin de redéfinir le champ de la responsabilité pénale de façon à le rendre conforme aux principes fondamentaux de notre droit pénal.

^a Comme je l'ai exposé précédemment sous la rubrique «Nature des dispositions relatives à l'aliénation», au Canada, la défense d'aliénation mentale a pour fondement la conviction que les aliénés devraient être soustraits à l'application des règles habituelles de la responsabilité pénale et, par le fait même, aux peines et à la stigmatisation qu'elles comportent. Cette conviction découle du principe que c'est parce que l'individu sait distinguer le bien du mal qu'on lui impute la responsabilité pénale.

Le paragraphe 16(2) du *Code* traduit cette conception de la responsabilité pénale car il porte que nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction si, au moment où il a accompli l'acte en question, il était dans un état d'«imbécillité naturelle» ou atteint de maladie mentale à un point qui le rend incapable de «savoir qu'un acte ou une omission est mauvais». La principale question en litige sous ce rapport est la capacité de l'accusé de savoir qu'un acte ou une omission donné est mauvais. Se demander simplement quel est le sens du mot «mauvais», pour l'application du par. 16(2), c'est restreindre indûment la portée de la question. Pour reprendre la formule de la Chambre des lords dans l'arrêt *M'Naghten*, les tribunaux doivent décider dans chaque cas si l'accusé était incapable, en raison d'un désordre mental, de savoir que l'acte commis était une chose qu'il ne devait pas accomplir.

Dans cette optique, il me paraît clair que le mot «mauvais» employé au par. 16(2) signifie nécessairement autre chose qu'«illégal». Quand il s'agit de statuer sur la capacité d'une personne de savoir si l'acte qu'elle accomplit est une chose qu'elle ne doit pas accomplir, il ne suffit pas de se demander si l'accusé savait que l'acte était contraire au droit positif. Une personne peut très bien se rendre compte qu'un acte est contraire à la loi, mais être en même temps incapable, en raison de son état d'«imbécillité naturelle» ou de maladie mentale, de savoir que l'acte est moralement répréhensible dans les circonstances, selon les normes morales de

example, if the person suffered from a disease of the mind to such a degree as to know that it is legally wrong to kill but, as described by Dickson J. in *Schwartz*, kills "in the belief that it is in response to a divine order and therefore not morally wrong" (p. 678).

In applying s. 16(2) to a particular set of facts, it may be established that the accused who attempts to invoke the insanity defence is capable of knowing that he ought not do the act because he knows, first, that the act is contrary to the formal law or, secondly, that the act breaches the standard of moral conduct that society expects of its members. In this regard, subject to the qualification discussed below, I approve of the interpretation of s. 16(2) put forward by Professor Alan Mewett in "Section 16 and 'Wrong'" (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413, at pp. 415-16:

The question that ought to be asked, it is submitted, is whether the accused, because of a disease of the mind (first hurdle) was rendered incapable (second hurdle) of knowing that this act was something that he ought not to do (third hurdle). If he was capable of knowing that the act was contrary to law and that he ought not to do an act contrary to law, then the defence should not apply. If he was incapable of knowing that it was contrary to law, but capable of knowing that it was an act condemned by people generally, then again the defence should not apply. But if he was incapable of knowing that the act was contrary to law and incapable of knowing that it was an act condemned by people generally, then the defence should apply. This only leaves a situation where he was capable of knowing that the act was contrary to law but incapable both of knowing that to act contrary to law was condemned by people generally and of knowing that this particular act was condemned by people generally. I would have thought that such an accused (who must be the rarest of all individuals) is precisely one who ought to be found not guilty by reason of insanity.

The qualification that I would make of Professor Mewett's comments is that the insanity defence should not be made unavailable simply on the basis that an accused knows that a particular act is contrary to law and that he knows, generally, that he should not commit an act that is a crime. It is possible that a person may be aware that it is

la société. Ce serait notamment le cas si la personne atteinte de maladie mentale, tout en sachant qu'il est illégal de tuer, mais, dans la situation décrite par le juge Dickson dans *Schwartz*, tuait «en croyant agir en conformité d'une ordonnance divine et donc sans encourir de responsabilité morale» (p. 678).

Il se peut que, dans un cas d'application du par. 16(2), la preuve révèle que l'accusé qui invoque la défense d'aliénation mentale était capable de savoir qu'il ne devait pas accomplir l'acte parce qu'il savait, premièrement, que l'acte était contraire au droit positif ou, deuxièmement, que l'acte transgressait la norme de conduite morale que la société impose aux individus. À cet égard, sauf quant à la restriction analysée ci-après, j'approuve l'interprétation que le professeur Alan Mewett donne au par. 16(2) dans «Section 16 and «Wrong»» (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] La question qu'il faut se poser, à notre avis, est de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale (première condition), était incapable (deuxième condition) de savoir que son acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir (troisième condition). S'il était capable de savoir que l'acte était contraire à la loi et qu'il ne devait pas faire une chose contraire à la loi, alors le moyen de défense ne devrait pas être retenu. S'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi, mais capable de savoir que l'acte était condamné par les gens en général, alors le moyen de défense encore là ne devrait pas être admis. Mais s'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi et incapable de savoir que c'était un acte répréhensible par la morale publique, alors le moyen de défense devrait être admis. Reste seulement le cas où il serait capable de savoir que l'acte est contraire à la loi, mais incapable de savoir à la fois que la morale publique répréhensible les actes contraires à la loi et que cet acte en particulier est condamné par les gens de façon générale. J'estime que cet accusé (qui doit constituer une rare exception) serait précisément celui qui doit être acquitté pour cause d'aliénation mentale.

J'apporterais une restriction aux observations du professeur Mewett. La défense d'aliénation mentale ne doit pas être exclue pour la seule raison que l'accusé sait qu'un acte en particulier est contraire à la loi et qu'il sait que, normalement, il ne doit pas commettre d'acte qui constitue un crime. Il se peut qu'une personne se rende compte qu'il est mal

ordinarily wrong to commit a crime but, by reason of a disease of the mind, believes that it would be "right" according to the ordinary morals of his society to commit the crime in a particular context. In this situation, the accused would be entitled to be acquitted by reason of insanity.

The test articulated in s. 16(2) is directed, as emphasized above, at an analysis of the capacity of the accused to reason and to understand the meaning of the terms "right" and "wrong", concepts that demand a moral judgment on the part of every individual in order to be applied in practice. It cannot be determined that an accused does not have the necessary capacity to engage in such moral reasoning simply because he or she does not have the simple ability to retain factual information, for example, the ability to know that a certain act is a crime in the formal sense. As Professor Colvin points out in *Principles of Criminal Law*, op. cit., at pp. 253 and 255:

The capacity to know the law in a formal sense involves typically no more than the capacity to absorb and retain normative information . . . For the most part, formal knowledge of law does not call into play the capacity to analyze and assess an assortment of data which may present divergent and competing messages.

Full normative understanding surely encompasses comprehension of what a rule violation will mean to other people and how they will respond to it. If a psychotic person kills, knowing that her action is a crime, but deludedly believing that it will be lauded by everyone and that the law will not be enforced against her, then her capacity for normative understanding is so severely impaired that the attribution of criminal culpability is inappropriate. It could also be said that she is incapable of knowing that the act is a moral wrong. It could also be said that she is incapable of knowing that the act is contextually a legal wrong. Nothing turns on the choice between these modes of expression. The crucial point is that, although she is capable of knowing that her act is wrong in a formal sense, she is incapable of knowing that it is wrong in a contextual sense.

Professors Jacques Fortin and Louise Viau discuss a comparable principle in their *Traité de droit pénal général* (1982), at p. 184:

d'ordinaire de commettre un crime mais qu'en raison d'une maladie mentale, elle croit qu'il serait «juste», selon la morale publique, de le perpétrer dans un contexte donné. En pareil cas, l'accusé aurait le droit d'être acquitté pour cause d'aliénation mentale.

Comme je l'ai souligné précédemment, le critère d'application du par. 16(2) implique une analyse de la capacité de l'accusé de raisonner et de comprendre la notion du «bien» et du «mal», notion dont la mise en pratique exige de chacun la capacité de discernement moral. On ne peut pas affirmer qu'un accusé est dépourvu de discernement moral simplement parce qu'il n'a pas la faculté de se souvenir, par exemple, la faculté de savoir qu'un acte donné est un crime au sens formel. Dans son ouvrage *Principles of Criminal Law*, op. cit., le professeur Colvin fait observer ce qui suit, aux pp. 253 et 255:

[TRADUCTION] La capacité de connaître la loi au sens formel suppose tout au plus, en règle générale, la capacité d'absorber et d'assimiler des connaissances normatives. [. . .] Pour la majeure partie, la connaissance formelle de la loi ne fait pas intervenir la capacité d'analyser et d'apprécier un éventail d'éléments qui peuvent être porteurs de messages divergents et contradictoires.

La faculté de discernement englobe certainement la capacité de comprendre ce que les autres penseront de la violation d'une règle et quelle sera leur réaction. Si une personne psychotique tue, sachant que son acte est un crime, mais avec l'idée délirante que chacun l'en félicitera et qu'elle sera soustraite à l'application de la loi, dans ce cas sa faculté de discernement est tellement diminuée qu'il ne convient pas de lui imputer la responsabilité pénale. On peut affirmer qu'elle est incapable de savoir que l'acte est moralement répréhensible. On peut également soutenir qu'elle est incapable de savoir que l'acte est illégal dans ce contexte. Le choix du terme est sans conséquence. Le point crucial est que, bien qu'elle soit capable de savoir que son acte est mauvais au sens formel, elle est incapable de savoir qu'il est mauvais dans ce contexte.

Jacques Fortin et Louise Viau exposent un principe comparable dans leur *Traité de droit pénal général* (1982), à la p. 184:

[TRANSLATION] Criminal responsibility is based historically and culturally both on the notion of moral blame and on the rule that ignorance of the law is no excuse.

It does not seem right to us to determine capacity using a rule which, by definition, applies only to those of sound mind. Capacity is a purely subjective and personal dimension of the individual, whereas the rule excluding ignorance of the law is purely utilitarian in nature and allows an accused to be convicted where he or she commits an offence in ignorance of the legal prohibition.

See also Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (2nd ed. 1987), at pp. 340-41, and Anne-Marie Boisvert, "Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale" (1990), 69 *Can. Bar Rev.* 46, at pp. 61-62.

An interpretation of s. 16(2) that makes the defence available to an accused who knew that he or she was committing a crime but was unable to comprehend that the act was a moral wrong will not open the floodgates to amoral offenders or to offenders who relieve themselves of all moral considerations. First, the incapacity to make moral judgments must be causally linked to a disease of the mind; if the presence of a serious mental disorder is not established, criminal responsibility cannot be avoided. Secondly, as was pointed out by Dickson J. in *Schwartz, supra*, "[m]oral wrong" is not to be judged by the personal standards of the offender but by his awareness that society regards the act as wrong" (p. 678). The accused will not benefit from substituting his own moral code for that of society. Instead, he will be protected by s. 16(2) if he is incapable of understanding that the act is wrong according to the ordinary moral standards of reasonable members of society.

In the case at bar, the trial judge directed the jury that the insanity defence was not available to the appellants pursuant to the second branch of the test set out in s. 16(2) if it reached the conclusion that the appellants knew, at the time of committing the offence, that the act was contrary to the laws of Canada. Of course, he cannot be faulted for having followed the decision of this Court in *Schwartz*. Nevertheless, for the reasons discussed above, our interpretation of s. 16(2) in

En effet, la responsabilité pénale est fondée historiquement et culturellement sur la notion de blâme moral, d'une part, et sur la règle que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, d'autre part.

Il nous apparaît incorrect de déterminer la capacité à l'aide d'une règle qui, par définition, ne s'applique qu'aux gens sains d'esprit. En effet, la capacité est une dimension purement subjective et personnelle du sujet, alors que la règle qui exclut l'ignorance de la loi a un caractère purement utilitaire qui permet de retenir la culpabilité d'un accusé dans le cas où ce dernier commet une infraction dans l'ignorance de la prohibition légale.

Voir aussi Don Stuart, *Canadian Criminal Law* (2^e éd. 1987), aux pp. 340 et 341, et Anne-Marie Boisvert, «Psychanalyse d'une défense: réflexions sur l'aliénation mentale» (1990), 69 *R. du B. can.* 46, aux pp. 61 et 62.

L'interprétation du par. 16(2) qui fait bénéficier de cette défense l'accusé qui a sciemment commis un crime, mais qui était incapable de comprendre que l'acte était moralement répréhensible, ne profitera pas à tous les criminels amoraux ou complètement dénués de scrupules. Premièrement, l'incapacité de discernement moral doit être causée par une maladie mentale; si la preuve d'un grave désordre mental n'est pas faite, la culpabilité ne peut pas être écartée. Deuxièmement, comme l'a souligné le juge Dickson dans l'arrêt *Schwartz*, précité, «un acte n'est pas «moralement mauvais» parce que le contrevenant le juge tel d'après ses critères personnels, mais parce qu'il sait que la société le considère mauvais» (p. 678). L'accusé n'y gagnera pas à substituer son propre code moral à celui de la société. Au lieu de cela, il ne bénéficiera de la protection du par. 16(2) que s'il est incapable de comprendre que l'acte est mauvais selon les normes morales adoptées par les gens raisonnables.

En l'espèce, le juge du procès a informé le jury que les appelants ne pouvaient pas invoquer la défense d'aliénation mentale conformément au second volet du critère énoncé au par. 16(2) s'il arrivait à la conclusion que les appelants savaient, au moment où ils ont commis l'infraction, que l'acte était contraire aux lois du Canada. Naturellement, on ne saurait lui reprocher d'avoir suivi notre arrêt *Schwartz*. Néanmoins, pour les motifs que j'ai exposés, notre interprétation du par. 16(2)

Schwartz was not correct. As a result, I would order a new trial.

Section 16(3): Specific Delusions

The appellants argue that s. 16(3) of the *Code* provides an accused with a defence that is independent of s. 16(2) and that they should be entitled to an acquittal under s. 16(3) even if they fail to meet the conditions set out in s. 16(2). Section 16(3) provides as follows:

16. ...

(3) A person who has specific delusions, but is in other respects sane, shall not be acquitted on the ground of insanity unless the delusions caused that person to believe in the existence of a state of things that, if it existed, would have justified or excused the act or omission of that person.

Specifically, they submit that s. 16(3) should be interpreted in the following manner:

- (1) Specific delusion should be interpreted in accordance with ordinary language and should mean a non-ambiguous fixed unshakeable belief.
- (2) The words "in other respects sane" should be interpreted to mean "does not fall within s. 16(2)".
- (3) The final clause of s. 16(3) should be interpreted to give to the accused the right to raise the common law defences if the accused believed in a state of things that would at common law give rise to these defences.

The appellants submit that the trial judge should have clearly instructed the jury to consider and apply s. 16(3) in accordance with this interpretation. They argue that they suffered from specific delusions such that, even if they did not fall within s. 16(2), they should have been acquitted under s. 16(3) on the grounds that they believed in a state of things that, if true, would have justified or excused their actions. In their view, while the trial judge did not exclude the application of s. 16(3), he did not state adequately that, in accordance with the appellants' interpretation of the section, it could provide an alternative defence if the conditions of s. 16(2) were not satisfied.

dans l'arrêt *Schwartz* était erronée. Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Paragraphe 16(3): idées délirantes sur un point particulier

Les appelants prétendent que le par. 16(3) du *Code* permet à l'accusé de faire valoir une défense indépendante du par. 16(2) et qu'ils auraient droit à l'acquittal conformément au par. 16(3) même s'ils ne remplissaient pas les conditions énoncées au par. 16(2). Le paragraphe 16(3) est ainsi libellé:

16. ...

(3) Une personne qui a des idées délirantes sur un point particulier, mais qui est saine d'esprit à d'autres égards, ne peut être acquittée pour le motif d'aliénation mentale, à moins que ses idées délirantes ne lui aient fait croire à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé son acte ou omission.

Plus exactement, ils soutiennent qu'il faut interpréter le par. 16(3) de la manière suivante:

[TRADUCTION]

- (1) Il faut donner son sens usuel à l'expression «idée délirante sur un point particulier», soit celui de «croyance précise, fixe, inébranlable».
- (2) Il faut donner aux mots «saine d'esprit à d'autres égards» le sens de «n'est pas visée par le par. 16(2)».
- (3) Il faut interpréter les derniers mots du par. 16(3) de façon à accorder à l'accusé le droit de faire valoir les moyens de défense de common law s'il croyait à l'existence d'un état de choses qui, en common law, lui aurait permis de les invoquer.

Les appelants soutiennent que le juge du procès aurait dû, dans ses directives au jury, lui demander clairement de prendre en considération et d'appliquer le par. 16(3) conformément à cette interprétation. Selon leur argument, ils avaient des idées délirantes telles que, même si le par. 16(2) ne s'appliquait pas à eux, ils auraient dû être acquittés en vertu du par. 16(3), car ils croyaient à l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait justifié ou excusé leurs actions. À leur avis, bien que le juge du procès n'ait pas exclu l'application du par. 16(3), il n'a pas bien spécifié que, suivant l'interprétation donnée à cette disposition par les appelants, celle-ci pouvait aussi être invoquée à titre de défense subsidiaire si les conditions du par. 16(2) n'étaient pas réunies.

The question of interpreting and applying s. 16(3) has given rise to no shortage of difficulties since its enactment in the *Criminal Code* of 1892. Courts have been required to consider whether s. 16(3) provides a separate and independent insanity defence for persons suffering from specific delusions, whether it simply qualifies the application of s. 16(2) by fixing a stricter test for such persons, or whether it merely confirms that such persons are eligible to claim the benefit of the defence under s. 16(2). Professor Dennis Klinck explores the various plausible interpretations of s. 16(3) in "Specific Delusions" in the *Insanity Defence* (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458, at pp. 464-67.

Many of the problems that are involved in the interpretation of s. 16(3) result from the uncertainty of the terms used. As a number of authors have duly noted, the preliminary obstacle that must be overcome is to define the nature of a specific delusion that does not render a person generally insane. This task is not a simple one, since it is not absolutely clear when a specific delusion becomes a general one or when a basically sane person becomes insane. In addition, it can be questioned whether the phrase "in other respects sane" refers to the test set out in s. 16(2) or to non-legal notions of sanity. Lastly, it is not certain whether s. 16(3) refers to technical common-law justifications and excuses for criminal law purposes or justifications and excuses in a more general, practical sense.

These issues have caused many writers to question the practical importance of s. 16(3). The *Report of the Royal Commission on the Law of Insanity as a Defence in Criminal Cases* (McRuer Report) (1956), cited by Professor Stuart in his textbook, *Canadian Criminal Law*, op. cit., at p. 342, recommended that the provision be repealed on account of redundancy:

L'interprétation et l'application du par. 16(3), depuis son insertion dans le *Code criminel* en 1892, ont posé des difficultés dont le nombre n'est pas négligeable. Les tribunaux ont été saisis de diverses questions: le par. 16(3) fournit-il un moyen de défense d'aliénation mentale séparé et indépendant pour les personnes qui ont des idées délirantes sur un point particulier? Apporte-t-il simplement une restriction à l'application du par. 16(2) en imposant un critère plus rigoureux à l'égard de ces personnes? Confirme-t-il simplement le droit de ces personnes de faire valoir le moyen de défense prévu au par. 16(2)? Le professeur Dennis Klinck examine les diverses interprétations plausibles du par. 16(3) dans «Specific Delusions» in the *Insanity Defence* (1983), 25 *Crim. L.Q.* 458, aux pp. 464 à 467.

Bon nombre des problèmes suscités par l'interprétation du par. 16(3) résultent de la signification incertaine des termes utilisés. Comme nombre d'auteurs l'ont signalé à juste titre, l'obstacle préliminaire à surmonter réside dans la définition de l'idée délirante qui ne rend pas une personne purement aliénée. Ce n'est pas une mince tâche, car on ne sait pas avec certitude à quel moment une idée délirante sur un point particulier se généralise ou à quel moment une personne ordinairement saine d'esprit devient aliénée. En outre, on peut se demander si les mots «saine d'esprit à d'autres égards» se rapportent au critère prévu au par. 16(2) ou s'ils concernent des notions de santé autres que juridiques. Une dernière incertitude subsiste à propos de la question de savoir si le par. 16(3) vise les justifications et excuses proprement dites, que la common law permet à l'accusé d'opposer à une accusation, ou les justifications et les excuses en général, au sens usuel.

Ces questions ont amené nombre de commentateurs à mettre en doute l'importance pratique du par. 16(3). Le *Rapport de la Commission royale chargée d'étudier la défense d'aliénation mentale en matière criminelle* (rapport McRuer) (1956), cité par le professeur Stuart dans son ouvrage intitulé *Canadian Criminal Law*, op. cit., à la p. 342, recommande que la disposition soit abrogée parce qu'elle est redondante:

The preponderance of medical evidence condemned the wording of this subsection on the ground that it describes a person who could not exist. The opinion of these witnesses was that no one who has "specific delusions" could be "in other respects sane".

The Law Reform Commission of Canada has likewise recommended the elimination of the rule in Working Paper 29 (affirmed by Report 31, *Recodifying Criminal Law* (1987)), at p. 48:

[Section 16(3)] has been much criticized and rarely applied. Medical opinion rejects the idea of partial insanity and legal scholarship stresses the injustice and illogicality of applying to the mentally abnormal a rule requiring normal reactions within their abnormality: a paranoiac killing his persecutor will be acquitted only if the imagined persecution would have justified the killing by way of self-defence — the law requires him to be sane in his insanity.

Mewett and Manning are also in accordance with this view (*Criminal Law* (2nd ed. 1985), at pp. 255-56).

Section 16(3) has rarely been jurisprudentially considered. In *R. v. Budic* (No. 3) (1978), 43 C.C.C. (2d) 419, the Alberta Court of Appeal held that s. 16(3) could not deprive an accused of the insanity defence if the conditions of s. 16(2) were met. In other words, an accused suffering from a specific delusion who meets the conditions of the defence set out in s. 16(2) cannot be deprived thereof by the apparently more restrictive condition stipulated by s. 16(3). Similarly, this Court confirmed in *Abbey*, *supra*, that s. 16(3) does not add to or qualify the general defence under s. 16(2). Dickson J. stated at p. 37:

I agree with the submission of counsel for the Crown that s. 16(3) of the *Code* can be of no assistance to *Abbey* as his delusion could not in any way "justify" or "excuse" his actions. In any event, any defence which could be raised under subsection (3) could also be raised under subsection (2). See the *McRuer Report* [citation omitted], p. 36. [Emphasis added.]

La majeure partie des témoignages de médecin condamnaient la rédaction de ce paragraphe pour le motif qu'il décrit une personne qui ne pourrait exister. Ces témoins étaient d'avis que personne ne peut souffrir d'«hallucinations spécifiques» tout en «étant par ailleurs sain d'esprit».

De même, la Commission de réforme du droit du Canada a proposé que la règle soit supprimée dans son Document de travail 29 (confirmé par le Rapport 31, *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987)), à la p. 52:

[Le paragraphe 16(3)] a fait l'objet de nombreuses critiques et, de fait, a rarement été appliqué. D'une part, les autorités médicales rejettent l'idée de l'aliénation mentale partielle, et d'autre part, les juristes insistent sur le fait qu'il est injuste et illogique d'appliquer une règle qui suppose des réactions normales chez celui qui est mentalement anormal. Par exemple, le paranoïaque qui tue son persécuteur ne pourra être acquitté que si, eu égard à la persécution imaginée, ce meurtre constitue de la légitime défense; autrement dit, la loi exige de lui qu'il soit conséquent dans sa folie.

Mewett et Manning partagent ce point de vue (*Criminal Law* (2^e éd. 1985) aux pp. 255 et 256).

La jurisprudence relative au par. 16(3) est peu abondante. Dans *R. v. Budic* (No. 3) (1978), 43 C.C.C. (2d) 419, la Cour d'appel de l'Alberta a décidé que le par. 16(3) ne pouvait pas priver l'accusé du bénéfice de la défense d'aliénation mentale si les conditions du par. 16(2) étaient réunies. Autrement dit, l'accusé qui a des idées délirantes sur un point particulier, s'il remplit les conditions énoncées au par. 16(2) à l'égard du moyen de défense, ne peut pas être privé du droit de s'en prévaloir à cause de la condition apparemment plus restrictive que comporte le par. 16(3). De même, notre Cour a confirmé dans l'arrêt *Abbey*, précité, que le par. 16(3) ne complète ni ne restreint le moyen de défense général prévu au par. 16(2). Le juge Dickson dit, à la p. 37:

Je suis d'accord avec le substitut du procureur général qui a soutenu que le par. 16(3) du *Code* ne peut être d'aucun secours à *Abbey*, puisque son hallucination ne pouvait en aucune manière «justifier» ou «excuser» ses actes. Quoi qu'il en soit, tout moyen de défense qui peut être invoqué en vertu du par. (3), peut l'être également en vertu du par. (2). Voir le *Rapport McRuer* [référence omise], à la p. 36. [Je souligne.]

In my view, it is not necessary for this Court to engage in the difficult and perhaps impossible task of deciphering the plain meaning of s. 16(3) or of fathoming the intention of Parliament in enacting the provision. As a result of this Court's reconsideration of the meaning of the word "wrong" in s. 16(2), there can be no doubt that any successful attempt to invoke the insanity defence under s. 16(3) would also succeed under s. 16(2). Furthermore, if an accused fails to satisfy the conditions set out in s. 16(2), he or she will not be able to benefit from s. 16(3). It would not, therefore, assist an accused in any way if s. 16(3) was indeed held to constitute a separate and independent defence.

An accused will be able to invoke the insanity defence successfully under s. 16(2) if he can establish that he was incapable of knowing that the act in question was morally wrong in the particular circumstances. If it is instead proven that he was capable of knowing or did in fact know that the act was morally wrong in those circumstances, his claim to the defence will fail. An independent defence under s. 16(3) would only be relevant if the accused suffered from a specific delusion that, if true, would have justified the act, notwithstanding that the accused knew or was capable of knowing that the particular act was wrong in those circumstances.

In my opinion, such a case would be a logical absurdity. Consider, for example, the following situation. An individual suffers from the delusion that another person is attempting to kill her and that she will die unless she herself kills her apparent attacker. She therefore acts upon her delusion and kills that person. It cannot be denied that her conduct is excused or justified within the confines of the delusion, since the act of killing was necessary in order to preserve her own life. Accordingly, it cannot be said that she knew or was capable of knowing that the act was morally wrong in the circumstances. Although she may well have known that her act amounted to murder and that murder, as a general rule, is morally wrong, she was prevented by the specific delusion from being capable of knowing that the act of murder was wrong in the particular circumstances in which it was com-

À mon avis, il n'est pas nécessaire que notre Cour cherche à accomplir la tâche difficile, voire peut-être impossible, d'élucider le par. 16(3) ou de pénétrer l'intention qu'avait le Parlement en adoptant la disposition. Étant donné le réexamen que notre Cour a fait de la signification du mot «mauvais» employé au par. 16(2), il n'y a aucun doute qu'une défense d'aliénation mentale qui réussirait en vertu du par. 16(3) réussirait également en vertu du par. 16(2). Au surplus, si l'accusé ne remplit pas les conditions énoncées au par. 16(2), il ne peut pas non plus tirer profit du par. 16(3). Le paragraphe 16(3) ne serait donc d'aucun secours pour l'accusé s'il était tenu en réalité pour un moyen de défense séparé et indépendant.

L'accusé pourra invoquer la défense d'aliénation mentale en vertu du par. 16(2) s'il peut établir qu'il était incapable de savoir que l'acte en cause était moralement répréhensible dans les circonstances. À l'inverse, s'il est prouvé qu'il était capable de savoir ou qu'il savait de fait que l'acte était moralement répréhensible dans ces circonstances, il ne pourra pas se prévaloir du moyen de défense. Un moyen de défense indépendant en vertu du par. 16(3) ne serait valable que si l'accusé avait une idée délirante sur un fait particulier qui, s'il eût été réel, aurait justifié son acte, même s'il savait ou était capable de savoir que cet acte était mauvais dans ces circonstances.

À mon avis, pareille hypothèse serait absurde du point de vue logique. Prenons l'exemple suivant. Une personne a l'idée délirante qu'une autre personne tente de la tuer et qu'elle mourra à moins de tuer elle-même son agresseur apparent. Elle donne suite à son idée délirante et tue la personne. On ne peut nier que sa conduite est excusée ou justifiée dans les limites de son idée délirante, car il était nécessaire qu'elle tue pour rester en vie. Par voie de conséquence, on ne peut affirmer qu'elle savait ou était capable de savoir que l'acte était moralement répréhensible dans les circonstances. Certes, elle a bien pu savoir que son acte constituait un meurtre et que le meurtre, en règle générale, est réprouvé par la morale, mais son idée délirante l'a empêchée d'être à même de savoir que le meurtre commis dans ces circonstances était un acte blâmable. En effet, l'idée délirante l'a portée à croire

mitted. In fact, the delusion caused her to believe that, while murder normally breaches the moral standard of society, it was morally right to commit murder in her case.

Conversely, this logic can be extended in the other direction. If the specific delusion had the effect that the individual did not know or was incapable of knowing that the offence was wrong in the circumstances, it must be admitted that the act would have been excused or justified had the delusion been true. If an act is not known to be morally wrong in a specific situation, an individual is justified in engaging in such conduct.

Similarly, Professor Klinck, *op. cit.*, poses the following question in his analysis of s. 16(3), at p. 469:

On the other hand, to say that a person is capable of knowing that an act is wrong, but may still have a deluded belief in a state of things, which, if real, would excuse or justify his act is more problematical. To extend the example above: A might strike B, knowing what he is doing and knowing that assault is illegal, or that injuring people is morally wrong. Would subsec. (2) be unavailable to him if, knowing these things, he was deluded into believing that he was acting in self-defence? Could it not be said that his delusion led him to perceive circumstances that would make his act neither morally nor legally wrong? Or would he have to resort to subsec. (3), which seems to allow a person to do a "wrong" act if his delusion affords him a justification or excuse?

There can be no doubt as to the answer to this question. An accused will be able to bring his claim within the scope of the second branch of the test set out in s. 16(2) if he proves that he was incapable of knowing that his conduct was morally wrong in the particular circumstances, for example, if he believed that the act was necessary to protect his life. If he is not able to establish this fact, it must be concluded that he either knew or was capable of knowing that the act was wrong in the circumstances. He cannot then possibly succeed in claiming that the act would have been justified or excused had the perceived facts been true.

que, si le meurtre est normalement contraire à la morale publique, il était en revanche conforme à la morale dans son cas.

a

L'on peut suivre le raisonnement inverse. Si, en raison de son idée délirante sur un point particulier, la personne ne savait pas ou était incapable de savoir qu'il était mal de perpétrer l'infraction dans les circonstances, il faut reconnaître que l'acte aurait été excusé ou justifié, si l'idée délirante avait été conforme à la réalité. Si la personne ne sait pas qu'un acte est moralement répréhensible dans une situation donnée, cet acte est justifié.

De la même façon, le professeur Klinck, *loc. cit.*, pose la question suivante en faisant l'analyse du par. 16(3), à la p. 469:

[TRADUCTION] D'autre part, dire qu'une personne est capable de savoir qu'un acte est mauvais, mais qu'elle avait tout de même une idée délirante sur l'existence d'un état de choses qui, s'il eût existé, aurait excusé ou justifié son acte, c'est soulever de nouvelles questions. Reprenons l'exemple ci-dessus: A frappe B, sachant ce qu'il fait et sachant que son agression est illégale, ou qu'il est mal de blesser autrui. Lui serait-il interdit de se prévaloir du par. (2) si, sachant ces choses, il a eu une idée délirante qui lui a fait croire qu'il agissait en légitime défense? Ne pourrait-on pas dire que son idée délirante l'a amené à percevoir des circonstances qui rendraient son acte ni mauvais ni illégal? Ou devrait-il recourir au par. (3), qui semble permettre à une personne d'accomplir un acte «mauvais» si son idée délirante lui fournit une excuse ou une justification?

La réponse à cette question est hors de doute. L'accusé pourra se prévaloir du second volet du critère énoncé au par. 16(2) s'il prouve qu'il était incapable de savoir que sa conduite était moralement répréhensible dans les circonstances, par exemple, s'il croyait que l'acte était nécessaire pour protéger sa vie. S'il ne peut pas établir ce fait, il faut conclure qu'il savait ou qu'il était capable de savoir que l'acte était mauvais dans ces circonstances. Il ne peut donc pas obtenir l'acquittement en prétendant que l'acte aurait été justifié ou excusé si les faits perçus avaient été conformes à la réalité.

I therefore find no flaw in the order of the trial judge except to the extent that he left open the possibility that the appellants may have succeeded under s. 16(3) if they did not qualify for the defence under s. 16(2). Again, he cannot be faulted given the high degree of uncertainty in the law as to the effect of s. 16(3).

The Rule Against Splitting the Case

The appellant Morrissette submits that the trial judge erred in permitting the Crown to split its case by presenting its evidence with respect to his sanity in rebuttal.

The appellant claims that the insanity defence became the dominant issue in the case from the outset, soon after the counsel for the appellants were retained. As a result, the Crown knew long before the trial that the insanity defence would be invoked and were thus able to consult several psychiatrists before the trial was held. The appellants argue that the Crown should have submitted this evidence as part of its case-in-chief. The appellant Morrissette states at paragraph 158 of his factum:

In the present case, the defence was well known and the Crown made a clear decision to try to split its case. It is submitted that there was a resulting injustice to the accused, who was effectively denied the opportunity of hearing the entire case against him before presenting his defence. [Emphasis added.]

The appellant Morrissette further claims to have taken this position at trial. Indeed, a motion was made unsuccessfully by the appellant for particulars of the Crown's evidence with respect to the issue of insanity. The Court of Appeal did not address this issue, although the Notice of Appeal by the appellant Chaulk to the Manitoba Court of Appeal, dated July 14, 1987, indicates that the issue was raised before the Court.

It is my opinion that the trial judge correctly permitted the Crown to adduce evidence with

Je conclus donc que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rendant son ordonnance, excepté dans la mesure où il dit estimer que les appelants auraient pu être acquittés conformément au par. 16(3) s'ils ne remplissaient pas les conditions énoncées au par. 16(2). Encore une fois, on ne saurait le lui reprocher, étant donné le caractère hautement incertain du droit relativement à l'effet du par. 16(3).

La règle interdisant de scinder la preuve

L'appelant Morrissette soutient que le juge du procès a commis une erreur quand il a permis au ministère public de scinder sa preuve, en présentant en réplique une contre-preuve touchant l'aliénation mentale.

L'appelant affirme que la défense d'aliénation mentale est devenue la principale question en litige dès le début, peu après que les appelants eurent retenu les services de leur avocat. Par conséquent, le ministère public a su longtemps avant le procès que la défense d'aliénation mentale serait invoquée et il a pu ainsi obtenir l'opinion de plusieurs psychiatres avant la tenue du procès. Les appelants soutiennent que le ministère public aurait dû présenter ces témoignages au moment de la présentation de sa preuve principale. L'appelant Morrissette déclare ce qui suit, au paragraphe 158 de son mémoire:

[TRADUCTION] En l'espèce, la défense était bien connue et le ministère public a de toute évidence décidé d'essayer de diviser sa preuve. Nous affirmons que l'accusé a été victime d'une injustice par suite de cette action, car il a ainsi été privé de la possibilité d'entendre toute la preuve de l'accusation avant de présenter sa défense. [Je souligne.]

L'appelant Morrissette soutient en outre qu'il a avancé cet argument au cours du procès. En effet, sa requête visant à obtenir des précisions sur la preuve du ministère public concernant la question de l'aliénation mentale a été rejetée. La Cour d'appel n'a pas étudié cette question, quoique l'avis d'appel de l'appelant Chaulk adressé à la Cour d'appel du Manitoba, en date du 14 juillet 1987, indique que la question a été soumise à la cour.

Je suis d'avis que le juge du procès a permis à bon droit au ministère public de présenter une

respect to sanity in rebuttal. There is no doubt that the Crown must tender as part of its case the evidence that it relies on to support a charge against an accused. It cannot split its case by presenting such evidence in rebuttal since the accused must be given a fair chance to meet the case against him. In *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.), at p. 320, MacKinnon J.A. summarized the rule preventing the Crown from splitting its case as follows:

A statement made by Mr. Justice McPherson in *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396 at p. 397 ... is apposite:

There is a well-known principle that evidence which is clearly relevant to the issues and within the possession of the Crown should be advanced by the Crown as part of its case, and such evidence cannot properly be admitted after the evidence for the defence by way of rebuttal. In other words, the law regards it as unfair for the Crown to lie in wait and to permit the accused to trap himself. The principle, however, does not apply to evidence which is only marginally, minimally or doubtfully relevant.

It is therefore apparent that the Crown must tender, as part of its case, evidence that will establish the existence of all elements of the offence with which the accused is charged.

The principle that the Crown is obliged to adduce, as part of its case, only evidence that is relevant to an element of the offence that the Crown must prove is affirmed by the corollary principle that the Crown need not adduce evidence in chief to challenge a defence that an accused might possibly raise. I approve of the analysis in this respect of Peter K. McWilliams, Q.C., in *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1990), at p. 31-5:

In *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.), Martin, J.A. said at p. 26:

Rebuttal evidence by the prosecution is restricted to evidence to meet *new facts* introduced by the defence. The accused's mere denial of the prosecution's case in the witness-box does not permit the prosecution in reply to reiterate its case, or to adduce additional evidence in support of it. In practice, however, it may often be difficult to distinguish between evidence, properly the subject of rebuttal, and evidence of facts

contre-preuve relativement à l'aliénation mentale. Il est indubitable que le ministère public doit produire en preuve les témoignages qui sont censés étayer l'inculpation portée contre l'accusé. Il ne peut pas fractionner sa preuve en présentant ces témoignages en réplique, puisque l'accusé doit avoir la possibilité raisonnable de présenter sa défense. Dans *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.), à la p. 320, le juge MacKinnon résume comme suit la règle qui interdit au ministère public de fractionner sa preuve:

[TRADUCTION] La déclaration suivante du juge McPherson dans *R. v. Drake* (1970), 1 C.C.C. (2d) 396, à la p. 397, [...] est pertinente:

Selon un principe bien établi, le ministère public doit offrir en preuve les éléments qui sont clairement pertinents et qui sont en sa possession; ces éléments ne peuvent pas être admis légitimement à titre de contre-preuve après que la défense a présenté sa preuve. Autrement dit, le droit tient pour inéquitable que le ministère public attende que l'accusé s'enferme. Ce principe ne s'applique cependant pas à la preuve dont la pertinence est minime ou douteuse.

Il est donc évident que le ministère public doit produire la preuve tendant à établir tous les éléments de l'infraction qui fait l'objet de l'inculpation.

Le principe selon lequel le ministère public est obligé de présenter en preuve seulement les éléments qui sont pertinents, par rapport aux éléments de l'infraction qu'il doit prouver, est confirmé par le corollaire selon lequel le ministère public n'est pas tenu de produire de preuve principale pour réfuter un moyen de défense que l'accusé est susceptible de faire valoir. À cet égard, j'approuve l'analyse que fait Peter K. McWilliams, c.r., dans *Canadian Criminal Evidence* (3^e éd. 1990), à la p. 31-5:

[TRADUCTION] Dans *R. v. Campbell* (1977), 38 C.C.C. (2d) 6 (C.A. Ont.), le juge Martin dit, à la p. 26:

La contre-preuve du poursuivant est limitée à la preuve destinée à répliquer à des *faits nouveaux* présentés par la défense. La simple dénégation par la défense des témoignages produits par l'accusation ne permet pas à celle-ci de répliquer en réitérant sa preuve ni d'offrir des preuves supplémentaires à l'appui. En pratique, toutefois, il peut souvent s'avérer difficile de distinguer la preuve qui peut légitimement

relevant to prove guilt which should have been proved in the first instance by a full presentation of the prosecution's case: see *Wigmore on Evidence*, 3rd ed. (1940), vol. VI at pp. 510-1.

Clearly relevant issues may arise during the case for the defence which could not have been reasonably anticipated by the prosecution before it completed its case. Indeed, that is the test for the admissibility of rebuttal evidence. The prosecution may have some anticipation that the defence will raise a defence be it innocent intent, accident, mistake, necessity or alibi or that the defence may be calling some expert witness as to the state of mind of the accused or as to the cause of the injury as in *R. v. Campbell* ... and so on. The defence may give some hint of the line of its defence in the cross-examination of Crown witnesses but in many cases it would be speculative and presumptuous for Crown counsel to anticipate: *R. v. Perka et al.*, (1982), 69 C.C.C. (2d) 405 (B.C.C.A.). It would be, moreover, difficult and wasteful in time because Crown counsel could not be sure of just the exact issue or evidence it had to meet. None the less the prosecution must adduce all the evidence to prove the material ingredient of the offence.

In my view, the trial judge in this case correctly allowed the Crown to adduce rebuttal evidence with respect to the issue of insanity. First, the Crown cannot be expected to adduce evidence as part of its case-in-chief to meet a defence that the accused might possibly raise; this principle is not altered by the fact that the accused may warn the Crown that it intends to raise a particular defence. Secondly, a requirement that the Crown adduce evidence in chief to establish the sanity of the accused would defeat the presumption contained in s. 16(4). Section 16(4), as discussed above, posits that every person, for the purposes of the *Criminal Code*, is presumed to be sane until the contrary is proven. As a result, the sanity of a person accused of committing a criminal offence is not an issue until it is raised by that accused. The Crown is not obliged to prove the sanity of an accused as part of its case against such person. McWilliams makes the following point in this regard (at p. 31-8):

être faite en réplique de la preuve de faits pertinents, destinés à établir la culpabilité, que le ministère public aurait dû prouver dès le début en présentant toute sa preuve: voir *Wigmore on Evidence*, 3^e éd., 1940, vol. VI, aux pp. 510 et 511.

^a La défense peut, en présentant sa preuve, soulever des points nettement pertinents que le poursuivant ne pouvait pas raisonnablement prévoir avant d'avoir terminé son exposé. En effet, c'est là que réside le critère de la recevabilité de la contre-preuve. Le poursuivant peut soupçonner que la défense va se prévaloir d'une défense, par exemple, la bonne foi, l'accident, l'erreur, la nécessité ou l'alibi, ou que la défense va faire déposer des experts au sujet de l'état mental de l'accusé ou de la cause des blessures, comme dans *R. v. Campbell* [...], etc. La défense peut, au cours du contre-interrogatoire des témoins à charge, donner une indication quant aux moyens qu'elle entend invoquer, mais dans bon nombre de cas, il serait spéculatif et présomptueux pour le ministère public de le prévoir: *R. v. Perka et al.* (1982), 69 C.C.C. (2d) 405 (C.A.C.-B.). Au surplus, le ministère public aurait une tâche difficile et perdrait son temps, car le substitut du procureur général ne pourrait pas être certain de la nature exacte de la question soulevée ou de la preuve qu'il aurait à réfuter. Néanmoins, le poursuivant doit présenter toute la preuve afin d'établir l'élément matériel de l'infraction.

^f À mon avis, c'est à bon droit que le juge du procès a permis en l'espèce au ministère public de présenter une contre-preuve à l'égard de la question de l'aliénation mentale. Premièrement, on ne peut pas s'attendre à ce que le poursuivant produise dans le cadre de sa preuve principale les témoignages tendant à réfuter une défense que ^g l'accusé pourrait peut-être faire valoir; ce principe vaut même si l'accusé prévient le poursuivant qu'il a l'intention d'invoquer un moyen de défense donné. Deuxièmement, exiger que l'accusation produise sa preuve principale en vue d'établir que ^h l'accusé était sain d'esprit, ce serait annihiler la présomption énoncée au par. 16(4). Nous l'avons vu, le par. 16(4) porte que, jusqu'à preuve du contraire, chacun est, pour l'application du *Code criminel*, ⁱ présumé être sain d'esprit. Par conséquent, le fait que la personne inculpée d'une infraction criminelle soit saine d'esprit n'est pas en litige, à moins que l'accusé ne conteste ce fait. Le ministère public n'est pas tenu de prouver que ^j l'accusé est sain d'esprit, en faisant la preuve de sa culpabilité. McWilliams avance là-dessus l'argument suivant (à la p. 31-8):

Section [16] of the Code imposes the persuasive burden of proof to prove the defence of insanity on the defence and therefore the prosecution may rebut evidence of insanity. Similarly, where the defence of insanity was raised the prosecution is permitted to call rebuttal evidence. *R. v. Kasperek* (1951), 101 C.C.C. 375 (Ont. C.A.); see also *R. v. Browne* (1943), 29 Cr. App. R. 106.

Lastly, the arguments raised by the appellant Morrissette in his factum to the effect that the Crown should have been required to adduce the evidence in question as part of its case-in-chief are not persuasive. Since the appellants were given the opportunity for surrebuttal in this case, they are unable to make a serious argument that they suffered prejudice as a result of the fact that the Crown's evidence was adduced in rebuttal rather than in chief.

Disposition

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Yes.

Given the interpretation that I have given to the word "wrong" in s. 16(2), I would allow the appeal and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the advantage of reading Chief Justice Lamer's reasons in this appeal. I agree with him that s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringes s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the key issue on this appeal is whether s. 16(4) constitutes a reasonable and demonstrably justified limit on the presumption of innocence under s. 1 of the *Charter*. I take a different

[TRADUCTION] L'article [16] du *Code* impose à la défense la charge de persuasion dans le cas de la défense d'aliénation mentale et, par conséquent, l'accusation a la possibilité de réfuter la preuve de l'aliénation mentale. De la même façon, si la défense d'aliénation mentale a été invoquée, le poursuivant peut présenter une contre-preuve. *R. v. Kasperek* (1951), 101 C.C.C. 375 (C.A. Ont.); voir aussi *R. v. Browne* (1943), 29 Crim. App. R. 106.

Enfin, les arguments présentés par l'appelant Morrissette dans son mémoire, selon lesquels le ministère public aurait dû être obligé de produire la preuve en question dans le cadre de sa preuve principale, ne sont pas convaincants. Puisque les appellants ont eu la possibilité de répliquer en l'espèce, ils ne peuvent sérieusement soutenir qu'ils ont subi un préjudice du fait que le ministère public a présenté des éléments de preuve en contre-preuve plutôt qu'en preuve principale.

Dispositif

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Oui.

Vu l'interprétation que j'ai donnée au mot «mauvais» employé au par. 16(2), je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer. Je partage son avis que le par. 16(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte atteinte à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que la question clé dans le présent pourvoi est celle de savoir si le par. 16(4) constitue, à l'égard de la présomption d'innocence, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer aux

approach, however, from my colleague to the pressing and substantial concern that s. 16(4) is designed to address and to the standard of review that this Court should bring to bear on the “proportionality” aspect of the *Oakes* test.

Before turning to s. 1 I propose to address briefly the conflict which currently exists between the presumption of innocence guaranteed in s. 11(d) of the *Charter* and the presumption of sanity embodied in s. 16(4) of the *Criminal Code*. It may seem strange at first blush to speak of conflict between these two presumptions in light of the fact that they appear to have happily coexisted at common law for centuries. But in order to appreciate how the conflict has come about it is necessary to advert briefly to the history of each.

The Presumption of Sanity

Section 16(4) is the current version of a provision that has been in the *Criminal Code* of Canada since its first enactment in 1892. This Court discussed its proper interpretation in *Clark v. The King* (1921), 61 S.C.R. 608. At that time the section (s. 19(3)) read:

Everyone shall be presumed to be sane at the time of doing or omitting to do any act until the contrary is proved.

As is noted in *Clark* the inspiration for the statutory presumption was *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (H.L.), which has provided the model for insanity defence legislation throughout the Commonwealth ever since. In that case, Lord Tindal C.J. said at p. 722:

[T]he jurors ought to be told in all cases that every man is to be presumed to be sane, and to possess a sufficient degree of reason to be responsible for his crimes, until the contrary be proved to their satisfaction; and that to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did

termes de l’article premier de la *Charte*. J’adopte, toutefois, une perspective différente de celle de mon collègue à l’endroit des préoccupations urgentes et réelles visées par le par. 16(4) et à l’endroit du niveau de contrôle que devrait exercer notre Cour sur l’aspect «proportionnalité» des critères énoncés dans l’arrêt *Oakes*.

Avant de traiter de l’article premier, je veux soulever brièvement le conflit qui existe à l’heure actuelle entre la présomption d’innocence que garantit l’al. 11d) de la *Charte* et la présomption du par. 16(4) du *Code criminel* que toute personne est saine d’esprit. À première vue, il peut sembler étrange qu’on parle d’un conflit entre ces deux présomptions puisqu’elles semblent avoir coexisté en bonne intelligence dans la common law pendant des siècles. Pour comprendre comment le conflit est né, il faut étudier brièvement l’histoire de chacune d’elles.

La présomption que toute personne est saine d’esprit

Le paragraphe 16(4) est la version actuelle d’une disposition qui figure dans le *Code criminel* depuis sa première adoption en 1892. Notre Cour, dans l’affaire *Clark v. The King* (1921), 61 R.C.S. 608, a étudié l’interprétation qu’il fallait donner à cette disposition. À cette époque le paragraphe (par. 19(3)) se lisait comme suit:

Tout individu est présumé sain d’esprit lorsqu’il commet ou omet un acte quelconque, jusqu’à ce que le contraire soit prouvé.

Comme le signale l’arrêt *Clark*, l’arrêt *M’Naghten* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718 (C.L.), l’arrêt qui, dans tout le Commonwealth, a servi depuis de modèle à l’expression législative de la défense d’aliénation mentale, est à l’origine de cette présomption légale. Dans cette affaire, le lord juge en chef Tindal avait déclaré, à la p. 722:

[TRADUCTION] [D]ans tous les cas, on doit expliquer aux jurés qu’à moins d’une preuve contraire qu’ils estiment suffisante, chacun est présumé sain d’esprit et doué d’une raison suffisante pour être responsable de ses crimes; et que pour faire valoir l’aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu’au moment où l’acte a été commis, l’accusé souffrait d’une imperfection de la raison, due à une maladie mentale telle qu’il ignorait la nature et la qualité de

know it, that he did not know he was doing what was wrong. [Emphasis added.]

Although Lord Tindal C.J. did not elaborate on what standard of proof was involved in “to their satisfaction” other than to say that it must be “clearly proved”, it was subsequently established that the standard was proof on a balance of probabilities (*Clark v. The King, supra, per* Duff J., at p. 621). Thus, the presumption of sanity in the criminal law has been part of our statutory and common law tradition for at least 150 years.

The Presumption of Innocence

The presumption of innocence has traditionally been viewed as the cornerstone of our criminal justice system. It is reflected in the axiom that “It is better that a guilty person go free than that an innocent person be convicted of a crime”. In *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), Viscount Sankey L.C. said at pp. 481-82:

If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained. [Emphasis added.]

The presumption of innocence has been carried forward into the *Charter*.

Section 11(d) of the *Charter* has frequently been the subject of judicial interpretation in the context of what have come to be known as reverse onus clauses. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. explained the rationale of s. 11(d). He said at pp. 119-20:

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(d) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* . . . The presumption of

l'acte par lui commis, ou s'il les connaissait, telle qu'il ignorait que ce qu'il faisait était mauvais. [Je souligne.]

Bien que le lord juge en chef Tindal n'ait pas précisé le degré de force probante que devait avoir une preuve «suffisante», sauf en disant que le fait devait être «clairement prouvé», on a établi par la suite que le degré de preuve dont il s'agissait était la preuve par prépondérance des probabilités (*Clark v. The King*, précité, le juge Duff, à la p. 621). Ainsi, la présomption en droit pénal que toute personne est saine d'esprit fait partie des traditions de nos lois et de notre common law depuis au moins 150 ans.

La présomption d'innocence

De façon traditionnelle, on considère que la présomption d'innocence est la clé de voûte de notre système de justice pénale. La présomption d'innocence est manifeste dans l'axiome «Il vaut mieux laisser un coupable échapper à la justice que de condamner un innocent». Dans l'affaire *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (C.L.), le vicomte Sankey, lord chancelier, écrit, aux pp. 481 et 482:

[TRADUCTION] Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec intention mauvaise, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la common law d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée. [Je souligne.]

La présomption d'innocence a été enchâssée dans la *Charte*.

L'alinéa 11(d) de la *Charte* a souvent été interprété par les tribunaux dans le cadre de ce que l'on appelle les dispositions de renversement de fardeau. Dans l'affaire *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson a expliqué le fondement de l'al. 11(d). Il a déclaré, aux pp. 119 et 120:

La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11(d) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la

innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise. [Emphasis added.]

In *Oakes* the constitutional validity of a statutory provision that placed the burden on an accused to prove that he was not in possession of narcotics for the purposes of trafficking was challenged. The majority concluded that this burden violated s. 11(d). Dickson C.J. stated at pp. 132-33:

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

In *Oakes* the scope of the presumption of innocence was confined to the "essential elements" of the offence. The prosecution had to bear the burden of proof of all the essential elements. A reversal of the onus of proof of any of these essential elements violated the presumption of innocence.

Since *Oakes* there has been a gradual broadening of the scope of s. 11(d). The decisions of this Court in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, *R. v. Holmes*, [1988] 1 S.C.R. 914, and *R. v.*

Charte [...] La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois. [Je souligne.]

Dans l'affaire *Oakes*, on avait contesté la validité constitutionnelle d'une disposition légale qui imposait à l'accusé le fardeau de démontrer qu'il n'était pas en possession de stupéfiants pour en faire le trafic. La majorité de la Cour a jugé que ce fardeau portait atteinte à l'al. 11d). Le juge en chef Dickson a écrit, aux pp. 132 et 133:

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

Dans l'affaire *Oakes*, on a confiné la portée de la présomption d'innocence aux «éléments essentiels» de l'infraction. La poursuite a la charge de prouver tous les éléments essentiels. Le renversement du fardeau de prouver l'un de ces éléments essentiels contrevient donc à la présomption d'innocence.

Depuis l'arrêt *Oakes*, la portée de l'al. 11d) s'est graduellement élargie. Les décisions de notre Cour dans les affaires *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, *R. c. Holmes*, [1988] 1 R.C.S. 914, et

Whyte, [1988] 2 S.C.R. 3, have removed the qualification present in *Oakes* that limited the applicability of the presumption of innocence to the essential elements of the offence. In *Whyte*, Dickson C.J. (writing for the Court) unequivocally rejected any such qualification. He said at p. 18:

The short answer . . . is that the distinction between elements of the offence and other aspects of the charge is irrelevant to the s. 11(d) inquiry. The real concern is not whether the accused must disprove an element or prove an excuse, but that an accused may be convicted while a reasonable doubt exists. When that possibility exists, there is a breach of the presumption of innocence.

The exact characterization of a factor as an essential element, a collateral factor, an excuse, or a defence should not affect the analysis of the presumption of innocence. It is the final effect of a provision on the verdict that is decisive. If an accused is required to prove some fact on the balance of probabilities to avoid conviction, the provision violates the presumption of innocence because it permits a conviction in spite of a reasonable doubt in the mind of the trier of fact as to the guilt of the accused. [Emphasis added.]

The Court decided, in other words, that if we are to take the presumption of innocence seriously, it should not matter whether the reverse onus relates to an essential element of the offence as defined in the *Criminal Code* or to an independent defence, excuse or justification. To hold otherwise would be to make the ultimate determination of the guilt or innocence of an accused depend upon the contingencies of legislative drafting rather than upon the more basic philosophical underpinnings of the presumption of innocence. It is, as Dickson C.J. emphasized, "the final effect of a provision on the verdict that is decisive".

The respondent relies, however, upon the reasons of the majority of this Court in *R. v. Schwartz*, [1988] 2 S.C.R. 443, to support its submission that s. 16(4) does not infringe the presumption of innocence because it creates an exemption rather than a defence. I believe that the respondent's reliance on *Schwartz* is misplaced. It seems to me that in *Schwartz McIntyre J.*, writing for the majority, refused to apply to regulatory or

R. c. Whyte, [1988] 2 R.C.S. 3, ont fait disparaître la réserve contenue dans l'arrêt *Oakes* qui limitait l'application de la présomption d'innocence aux éléments essentiels de l'infraction. Dans l'affaire *Whyte*, le juge en chef Dickson (au nom de la Cour) a écarté cette réserve de façon non équivoque. Il a écrit, à la p. 18:

La réponse simple [. . .] est que la distinction entre les éléments de l'infraction et d'autres aspects de l'accusation n'est pas pertinente quand l'examen se fonde sur l'al. 11d). La préoccupation véritable n'est pas de savoir si l'accusé doit réfuter un élément ou démontrer une excuse, mais qu'un accusé peut être déclaré coupable alors que subsiste un doute raisonnable. Lorsque cette possibilité existe, il y a violation de la présomption d'innocence.

La qualification exacte d'un facteur comme élément essentiel, facteur accessoire, excuse ou moyen de défense ne devrait pas avoir d'effet sur l'analyse de la présomption d'innocence. C'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif. Si une disposition oblige un accusé à démontrer certains faits suivant la prépondérance des probabilités pour éviter d'être déclaré coupable, elle viole la présomption d'innocence parce qu'elle permet une déclaration de culpabilité malgré l'existence d'un doute raisonnable dans l'esprit du juge des faits quant à la culpabilité de l'accusé. [Je souligne.]

En d'autres termes, la Cour a jugé que si nous prenons au sérieux la présomption d'innocence, il importe peu que le renversement de fardeau vise un élément essentiel de l'infraction telle que définie par le *Code criminel* ou qu'elle vise une défense, une excuse ou une justification indépendante. Autrement, la culpabilité ou l'innocence d'un accusé serait tributaire, en dernier ressort, des accidents de la rédaction législative plutôt que des fondements philosophiques plus fondamentaux de la présomption d'innocence. Comme le souligne le juge en chef Dickson, «[c]'est l'effet final d'une disposition sur le verdict qui est décisif».

Toutefois l'intimée se fonde sur les motifs de la majorité dans *R. c. Schwartz*, [1988] 2 R.C.S. 443, pour étayer son argument selon lequel le par. 16(4) ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence puisqu'il crée une exemption plutôt qu'une défense. Je crois que l'intimée se fonde à tort sur l'arrêt *Schwartz*. Il me semble que dans cette affaire, le juge McIntyre, au nom de la majorité, a refusé d'appliquer la présomption d'innocence avec

licencing schemes the same strict standard in respect of the presumption of innocence as applies to criminal prohibitions even although the regulatory or licencing scheme arises in the criminal law context. Quoting from his reasons at p. 486:

The theory behind any licencing system is that when an issue arises as to the possession of the licence, it is the accused who is in the best position to resolve the issue. Otherwise, the issuance of the certificate or licence would serve no useful purpose.

McIntyre J. accordingly did not perceive the requirement that the accused establish that he had a licence as involving the imposition of a reverse onus in the *Whyte* sense. *Schwartz*, in my view, is distinguishable from the *Vaillancourt*, *Holmes* and *Whyte* line of cases on the ground that it deals with regulated not prohibited activity.

As already mentioned, *Whyte* stands for the proposition that it is the net effect of a reverse onus provision on the final guilt or innocence of the accused rather than the precise nature of the provision that must be examined under s. 11(d). It is this expansion of *Oakes* in *Whyte* that has given rise to the constitutional challenge to the presumption of sanity under s. 11(d) of the *Charter*. The presumption of sanity requires the accused to establish his or her insanity on a balance of probabilities and, however one conceives the plea of insanity, whether as an exemption, a defence, a justification or an excuse, the persuasive burden imposed on the accused by s. 16(4) permits him or her to be convicted of a crime despite the existence of a reasonable doubt as to his or her guilt. This offends the presumption of innocence on the authority of *Whyte*.

The constitutional validity of s. 16(4) depends therefore upon whether it can be saved under s. 1.

autant de rigueur à des régimes réglementaires ou d'émission de licences qu'à des interdictions criminelles, même si ces régimes se présentaient dans le cadre du droit pénal. Je cite un extrait de ses motifs (à la p. 486):

La théorie sous-jacente à tout système de permis est que, lorsque la possession d'un permis est en question, c'est l'accusé qui est le mieux placé pour résoudre cette question. Autrement, la délivrance du certificat ou du permis ne servirait à rien.

Ainsi, le juge McIntyre n'a pas interprété l'exigence selon laquelle l'accusé devait établir qu'il était en possession d'une licence comme comportant un renversement du fardeau de la preuve au sens de l'arrêt *Whyte*. À mon avis, l'on peut distinguer l'arrêt *Schwartz* de la série jurisprudentielle *Vaillancourt*, *Holmes* et *Whyte* pour le motif que cet arrêt porte sur des comportements réglementés plutôt que sur des comportements interdits.

Comme on l'a déjà vu, l'arrêt *Whyte* affirme le principe que l'al. 11d) oblige à considérer l'ensemble des répercussions d'une disposition portant renversement du fardeau de la preuve sur la question ultime de la culpabilité ou de l'innocence de l'accusé plutôt que la nature précise d'une disposition. C'est cet élargissement de la règle de l'arrêt *Oakes* par l'arrêt *Whyte* qui a donné lieu à la contestation constitutionnelle en vertu de l'al. 11d) de la *Charte* de la présomption que chacun est sain d'esprit. La présomption que chacun est sain d'esprit oblige l'accusé à démontrer son aliénation mentale par la prépondérance des probabilités et, de quelque façon que l'on qualifie le plaidoyer d'aliénation mentale, qu'il s'agisse d'une exemption, d'une défense, d'une justification ou d'une excuse, le fardeau de persuasion qu'impose à l'accusé le par. 16(4) donne ouverture à la possibilité d'une condamnation malgré l'existence d'un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Aux termes de l'arrêt *Whyte*, cela porte atteinte à la présomption d'innocence.

La validité constitutionnelle du par. 16(4) repose donc sur la possibilité de l'appuyer sur l'article premier.

Section 1 of the Charter

The *Oakes* test requires first the identification of a pressing and substantial concern to which the impugned legislation is addressed. The government objective must be sufficiently important to warrant overriding a *Charter* right; otherwise the inquiry stops here and the legislation is unconstitutional. The first task is therefore to identify the government objective at which s. 16(4) of the *Criminal Code* is aimed and to assess whether it is of sufficient importance to justify an infringement on what is arguably one of the most, if not the most, fundamental tenet of our criminal justice system.

I start from the premise that the government must have been of the view that it was necessary to impose a persuasive burden on the accused to prove his insanity on a balance of probabilities in order to prevent perfectly sane persons who had committed crimes from escaping criminal liability on tenuous insanity pleas. In other words, the government must have concluded that the imposition of a purely evidentiary burden on the accused, i.e. the burden of adducing sufficient evidence to raise a reasonable doubt in the minds of the jury as to his sanity was not enough. Hence the presumption of sanity and the reverse onus on the accused to prove insanity, bringing s. 16(4) into conflict with s. 11(d) of the *Charter* as explained in *Whyte*.

If I am correct in my starting premise, then it would appear that under the first branch of *Oakes* the government would have to adduce evidence under s. 1 to show that this was a real social problem, that perfectly sane persons who had committed crimes were in significant numbers escaping criminal liability on tenuous insanity pleas and that something had to be done about it.

There is, however, a difficulty here because s. 16(4) merely reflects what, as we have seen, was already the common law and had been the

Article premier de la Charte

L'application des critères de l'arrêt *Oakes* exige, comme première démarche, que l'on identifie la préoccupation urgente et réelle que vise la loi contestée. L'objectif recherché par le gouvernement doit être suffisamment important pour justifier qu'on passe outre à un droit garanti par la *Charte*; s'il ne l'est pas, on peut arrêter là l'examen, la législation étant inconstitutionnelle. La première démarche est donc d'identifier l'objectif que cherche à atteindre le par. 16(4) du *Code criminel* et d'évaluer s'il est suffisamment important pour justifier une atteinte à ce qui est certainement un des préceptes fondamentaux de notre système de justice pénale, sinon le plus fondamental de tous.

Je pars de la prémisse que le gouvernement doit avoir été d'avis qu'il était nécessaire d'imposer à l'accusé le fardeau de démontrer son aliénation par une prépondérance de probabilités pour éviter que des personnes tout à fait saines d'esprit qui ont commis des crimes échappent à la responsabilité criminelle en soulevant une défense peu fondée d'aliénation mentale. En d'autres termes, le gouvernement doit avoir conclu qu'il n'était pas suffisant d'imposer à l'accusé le simple fardeau de la présentation de la preuve, c'est-à-dire l'obligation de présenter une preuve suffisante pour susciter chez les membres du jury un doute raisonnable sur sa santé mentale. De là la présomption et le renversement du fardeau de la preuve, ce qui met le par. 16(4) en conflit avec l'al. 11(d) de la *Charte*, comme l'explique l'arrêt *Whyte*.

Si ma prémisse est exacte, il me semble qu'en vertu de la première partie des critères de l'arrêt *Oakes* il incomberait au gouvernement, pour se prévaloir de l'article premier, de montrer qu'il s'agissait là d'un véritable problème social, qu'un nombre important de personnes tout à fait saines d'esprit qui avaient commis des crimes arrivaient à échapper à la responsabilité criminelle grâce à des défenses d'aliénation mentale peu fondées et qu'il fallait corriger cette situation.

Cette thèse rencontre toutefois une difficulté: comme nous l'avons vu, le par. 16(4) ne fait que reprendre la common law qui était en vigueur

common law for some time prior even to the enactment of the original section in Canada's first *Criminal Code*. There is therefore no historic experience in our jurisdiction with a purely evidentiary burden in order to show that such a burden was not adequate to achieve the government's objective.

My colleague sees the pressing and substantial concern somewhat differently. He says that the government objective was to relieve the prosecution of the "impossibly onerous burden" of proving the sanity of the accused beyond a reasonable doubt which it would have to do, he says, if the burden on the accused was merely an evidentiary one. In other words, my colleague narrows the characterization of the government objective to a purely procedural one arising in the context of the trial. He sees s. 16(4) as "a purely evidentiary section whose objective is to relieve the prosecution of the tremendous difficulty of proving an accused's sanity in order to secure a conviction" (p. 1337). He does not identify any pressing and substantial concern to which this has in fact given rise. The provision is, in effect, a prophylactic measure designed to guard against a possible problem that might arise absent the reverse onus.

I am of the view that this represents a significant departure from the approach taken to s. 1 by this Court up until now. This Court has consistently evaluated laws subject to *Charter* challenge in terms of their justifiability as a response to existing social problems. The pressing social problem at which s. 16(4) is aimed must, it seems to me, be the one I have already identified, namely that guilty persons were escaping criminal liability on tenuous insanity pleas. Accordingly, if the accused wished to plead insanity it was essential that he be made to bear the persuasive burden. The prosecution must be given a "leg up" through the enactment of a presumption of sanity and the imposition on the accused of the burden of proving insanity on a balance of probabilities. Otherwise, as my col-

depuis longtemps avant l'adoption de l'article original dans le premier *Code criminel* du Canada. Nous n'avons donc pas au Canada l'expérience d'un simple fardeau de présentation, qui nous permettrait de démontrer qu'un tel fardeau n'est pas approprié pour permettre au gouvernement d'atteindre ses objectifs.

Mon collègue envisage de façon quelque peu différente cette préoccupation urgente et réelle. Il dit que l'objectif du gouvernement était de libérer la poursuite de la «charge écrasante» de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit, obligation qui incomberait au ministère public si l'accusé n'était seulement tenu que de la présentation des éléments de preuve. En d'autres termes, mon collègue restreint l'objectif recherché par le gouvernement à un objectif purement procédural dans le cadre du procès. Il voit le par. 16(4) comme «une pure règle de preuve dont l'objectif est de dispenser la poursuite de l'énorme difficulté de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable» (p. 1337). Il n'identifie aucune préoccupation urgente et réelle à laquelle cela a effectivement donné lieu. En réalité, la disposition est une mesure préventive destinée à prévenir un problème qui pourrait surgir en l'absence de ce renversement du fardeau de la preuve.

Je suis d'avis qu'il s'agit là d'un changement important dans la manière dont notre Cour a envisagé jusqu'à maintenant l'article premier. Notre Cour a toujours abordé la question de la justification des lois contestées en vertu de la *Charte* en considérant ces dernières comme des réactions à des problèmes sociaux. Le problème social urgent que vise le par. 16(4) doit, me semble-t-il, être celui que je viens d'identifier, c'est-à-dire que des personnes coupables échappaient à la responsabilité criminelle grâce à des défenses peu fondées d'aliénation mentale. Par conséquent, si l'accusé voulait plaider qu'il était aliéné mental, il était essentiel de l'obliger à assumer le fardeau de la persuasion. On fait la «courte échelle» à la poursuite en adoptant la présomption que chacun est sain d'esprit et en imposant à l'accusé la charge de prouver son aliénation mentale par la prépondérance des probabilités. Autrement, comme le dit

league says, an accused whose sanity is in doubt might escape conviction.

I pause here to emphasize that, in my view, by analogy to the presumption of innocence, it is better that a guilty person be found not guilty by reason of insanity and committed for psychiatric treatment than an insane person be convicted of a crime.

Unlike my colleague, I do not believe that subs. (4) of s. 16 can be considered apart from subs. (2) and (3). The presumption in subs. (4) is accordingly operative to presume that the accused did not have disease of the mind (or natural imbecility) which made him incapable of appreciating the nature or quality of his act or of knowing that it was wrong at the time he did it. If the accused merely had the evidentiary burden and he or she succeeded in producing evidence sufficient to raise a doubt in the minds of the jury that one of these elements was present, then the prosecution clearly must dispel that doubt. Although I agree that the burden on the prosecution is not an easy one, I think it overstates the case to say that it is an "impossibly onerous" one. It is not, in my opinion, a matter of the prosecution's having to prove sanity in a vacuum; it is a matter of removing any doubt raised by the accused in the minds of the jury as to the presence of any of the elements spelled out in subs. (2) or (3). The extent of the burden on the prosecution will vary from case to case depending upon the evidence of insanity which the accused is able to produce, assuming that such evidence is sufficient to raise a doubt at all in the minds of the jury as to his sanity. The prosecution's task is simply to address any doubt raised by specific evidence adduced by the accused to support his or her insanity plea. The prosecution faces this kind of challenge all the time in cases where, for example, drunkenness is raised as a defence. It is my view that the burden is not an "impossibly onerous" one.

Be that as it may, I do not believe that Lamer C.J.'s characterization of the pressing and substantial concern succeeds in any event in overcoming the hurdle of the absence of any historic experience with a purely evidentiary burden.

mon collègue, un accusé dont la santé mentale est en doute pourrait échapper à une déclaration de culpabilité.

^a Je m'arrête pour souligner que, à mon avis, par analogie à la présomption d'innocence, il vaut mieux déclarer non coupable pour cause d'aliénation mentale une personne coupable et qu'elle soit détenue en traitement psychiatrique, que déclarer ^b coupable d'un crime une personne aliénée.

Contrairement à mon collègue, je ne crois pas que le par. (4) de l'art. 16 puisse être isolé des par. (2) et (3). Il faut donc présumer en vertu du par. (4) que l'accusé n'était pas atteint d'une maladie mentale (ou d'imbecillité naturelle) qui le rendait incapable de juger la nature ou la qualité de son acte ou de savoir que cet acte était mauvais. Si le fardeau qui incombait à l'accusé n'était que celui ^d de présenter des éléments de preuve et s'il arrivait par ce moyen à soulever un doute dans l'esprit des membres du jury quant à la présence d'un de ces éléments, il est clair que la poursuite devrait dissiper ce doute. Même si je conviens que le fardeau ^e qui incombe à la poursuite n'est pas léger, je pense qu'on exagère en disant qu'il s'agit d'une «charge écrasante». Il ne s'agit pas, selon moi, d'une question que la poursuite doit établir dans l'abstrait; il ^f s'agit plutôt de dissiper un doute soulevé par l'accusé dans l'esprit des membres du jury concernant la présence d'un des éléments prévus aux par. (2) ou (3). L'importance de l'obligation de la Couronne variera d'une affaire à l'autre, selon la ^g preuve de l'aliénation que l'accusé sera en mesure de présenter, en assumant qu'une telle preuve serait suffisante pour soulever un doute dans l'esprit des membres du jury quant à sa capacité mentale. La tâche de la poursuite est seulement de ^h s'attaquer aux doutes que soulève la preuve présentée par l'accusé pour étayer son plaidoyer d'aliénation mentale. La poursuite fait face à des défis de ce genre chaque fois, par exemple, qu'on soulève ⁱ une défense fondée sur l'ivresse. Selon moi, il ne s'agit pas là d'une «charge écrasante».

Quoi qu'il en soit, je ne crois pas que la préoccupation urgente et réelle identifiée par le juge en chef Lamer réussisse à franchir l'obstacle posé par l'absence, dans l'histoire de notre droit, d'une expérience d'un simple fardeau de présentation.

The question posed by the Chief Justice's approach, it seems to me, is therefore whether s. 16(4) of the *Code* can be justified under s. 1 as a prophylactic measure designed to fend off a hypothetical social problem that might arise if accused persons pleading insanity had to meet only an evidentiary burden. This prompts me to ask: do we wish to go down this path and justify infringements of guaranteed *Charter* rights on a purely hypothetical basis? And, in particular, do we wish to go down this path where such a fundamental tenet of our justice system as the presumption of innocence is at stake? I have serious reservations about adopting such a course even in cases where it could be said that the hypothesis was a strong one which I do not think it is in this instance for reasons which I will discuss later. Before adopting such a course I would prefer to look elsewhere to see what the experience has been in other free and democratic societies which have had the experience of living with the purely evidentiary burden.

1. *The United States Experience*

Given the lack of available data in Canada and the Commonwealth, it makes good sense in applying s. 1 of the *Charter* to turn to other societies where the accused who pleads insanity faces the lower evidentiary burden. Indeed, this Court endorsed that approach in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, per Estey J., at pp. 367-68. The United States presents an excellent source for this type of information since American criminal law is a matter of state jurisdiction and the states are fairly evenly split on the issue of the appropriate standard of proof that an accused pleading insanity should have to meet.

(a) United States Jurisprudence

The starting point for an analysis of the American law concerning the appropriate standard of proof on the accused is the landmark ruling of the U.S. Supreme Court in *Davis v. United States*, 160 U.S. 469 (1895). The Assistant Attorney Gen-

La question que pose la perspective adoptée par le Juge en chef, me semble-t-il, est donc de savoir si le par. 16(4) du *Code* peut se justifier en vertu de l'article premier, comme mesure préventive destinée à régler un problème social hypothétique qui pourrait survenir si les accusés qui invoquent la défense d'aliénation mentale n'avaient qu'à assumer une obligation de présentation. Cela me conduit à me demander: est-ce la voie que nous voulons suivre, celle de justifier les atteintes au droit constitutionnel par des arguments purement conjecturaux? Voulons-nous, notamment, suivre cette voie lorsqu'un principe aussi fondamental pour notre système de justice pénale que la présomption d'innocence est en cause? Même si la conjecture était probable (et pour des raisons que j'expliquerai plus loin je ne la crois pas telle en espèce) j'aurais de graves réserves au sujet de cette voie. Avant de la suivre, je préférerais regarder ailleurs et voir ce qu'a été l'expérience d'autres sociétés libres et démocratiques qui ont pratiqué le régime d'un simple fardeau de présentation.

e 1. *L'expérience des États-Unis*

Vu le manque de renseignement au Canada et dans le Commonwealth, il est utile, lorsqu'on applique l'article premier de la *Charte*, de s'intéresser à d'autres sociétés où l'on applique la règle que l'accusé qui plaide une défense d'aliénation mentale est soumis à un fardeau de preuve moins exigeant. Notre Cour, dans l'affaire *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, a adopté cette façon d'envisager les choses: voir le jugement du juge Estey aux pp. 367 et 368. Les États-Unis constituent une excellente source pour ce genre de renseignement puisque le droit pénal américain relève de la compétence législative des États et ceux-ci sont partagés à peu près également sur la question du fardeau approprié de la preuve qui incombe à un accusé qui invoque la défense d'aliénation mentale.

i (a) La jurisprudence des États-Unis

Le point de départ d'une analyse du droit américain concernant la preuve que doit présenter l'accusé dans une affaire d'aliénation est la décision charnière de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Davis v. United States*, 160 U.S. 469

eral in *Davis* argued that insanity is a fairly easy condition to feign or simulate and that there are strong policy reasons for imposing a persuasive burden. He identified the policy reasons as follows (at p. 473):

The probability of a jury finding an insane man guilty, under the rule that insanity must be established to their reasonable satisfaction, is very slight as compared with the evil that results to society from the application of the doctrine that a reasonable doubt as to whether the defendant is sane or insane must be followed by acquittal.

The “evil” to which he referred was that “[m]erely doubtful evidence of insanity would fill the land with acquitted criminals” (*Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874), at p. 425). After an extensive review of the authorities, the Supreme Court squarely rejected this line of argument in a unanimous judgment (*per* Harlan J., at pp. 492-93 and 488):

It seems to us that undue stress is placed in some of the cases upon the fact that, in prosecutions for murder the defence of insanity is frequently resorted to and is sustained by the evidence of ingenious experts whose theories are difficult to be met and overcome. Thus, it is said, crimes of the most atrocious character often go unpunished, and the public safety is thereby endangered. But the possibility of such results must always attend any system devised to ascertain and punish crime, and ought not to induce the courts to depart from principles fundamental in criminal law, and the recognition and enforcement of which are demanded by every consideration of humanity and justice

How then upon principle or consistently with humanity can a verdict of guilty be properly returned, if the jury entertain a reasonable doubt as to the existence of a fact which is essential to guilt, namely, the capacity in law of the accused to commit that crime? [Emphasis added.]

Harlan J. was of the view that the crime of murder “necessarily involves” the possession of a mental capacity by the accused that is sufficient to attribute criminal responsibility. He stressed that the risk of acquitting guilty people accompanies any criminal justice system that requires guilt to be proven beyond a reasonable doubt and that the

(1895). Dans cette affaire, l’assistant Attorney General, intimé, avait soutenu qu’il était relativement facile de feindre ou de simuler l’aliénation et qu’il y avait de bonnes raisons relevant de la politique criminelle pour imposer l’obligation de convaincre. Il décrit les raisons de principe de la manière suivante (à la p. 473):

[TRADUCTION] La probabilité qu’un jury trouvera coupable une personne atteinte d’aliénation mentale, sous le régime selon lequel l’aliénation doit être prouvée à la satisfaction raisonnable du jury, est minime en comparaison du tort qui serait causé à la société par l’application de la règle qu’un doute raisonnable que l’accusé est sain d’esprit doit donner lieu à un acquittement.

Le «tort» auquel il faisait allusion était que [TRADUCTION] «une preuve douteuse d’aliénation mentale ferait déferler sur le pays une vague de criminels acquittés» (*Ortwein v. Commonwealth*, 76 Pa. 414 (1874), à la p. 425). Après une étude très poussée des autorités, la Cour suprême, dans un jugement unanime, a carrément rejeté cette argumentation (par le juge Harlan aux pp. 492 et 493 et à la p. 488):

[TRADUCTION] Il nous semble que dans certains des arrêts on attache une importance indue au fait que la défense d’aliénation mentale est fréquemment invoquée dans des poursuites pour meurtre et qu’on l’étaye par des expertises de spécialistes subtiles dont les théories sont difficiles à réfuter. Ainsi, dit-on, les crimes les plus atroces sont souvent impunis et la sécurité du public est ainsi compromise. Mais une telle situation est toujours possible dans un système conçu pour déceler et punir les crimes et elle ne devrait pas conduire les tribunaux à déroger aux principes fondamentaux du droit pénal, dont le respect est commandé par les sentiments d’humanité et de justice. . . .

Comment peut-on alors concilier avec les principes ou avec les sentiments humanitaires un verdict de culpabilité s’il reste au jury un doute raisonnable quant à l’existence d’un fait qui est essentiel à la culpabilité, c’est-à-dire la capacité légale de l’accusé de commettre ce crime? [Je souligne.]

Le juge Harlan était d’avis que le crime de meurtre «comporte nécessairement» une capacité mentale chez l’accusé qui est suffisante pour permettre l’imputation de la responsabilité criminelle. Il a souligné que le risque d’acquitter des coupables est un risque dans tout système de justice pénale qui exige que l’on prouve la culpabilité hors de tout

insanity defence was not exceptional in this regard. As such, the policy considerations did not warrant a departure from the fundamental principle that the prosecution should bear the burden of establishing guilt beyond a reasonable doubt. This reasoning has been consistently approved in subsequent Supreme Court cases: see *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979). Thus, the *Davis* case set down the rule which has governed federal criminal procedure in the United States for the past 95 years, namely that when there is evidence before the trier of fact tending to show that the accused was criminally insane at the relevant time, the burden shifts to the prosecution to show beyond a reasonable doubt that he in fact had the requisite mental capacity to be held criminally responsible.

In my view, the factors which were taken into account by the United States Supreme Court in *Davis* are precisely those which Lamer C.J. invites us to consider in the present appeal. Harlan J. had to decide whether placing the lower evidentiary burden on the accused would result in an impossibly onerous burden on the prosecution and therefore in unwarranted acquittals. He found that it would not. The fact that this decision has stood unchallenged for almost a century tends to persuade me that the lower burden on the accused has not created a pressing and substantial problem in American society.

It is noted, however, that the *ratio decidendi* in *Davis* turned on the supervisory powers of the Supreme Court and not, strictly speaking, on constitutional grounds. Thus, in *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952), it was explicitly held to be permissible for a state to shift the persuasive burden for insanity claims onto the shoulders of the accused. Accordingly, a number of states have imposed a persuasive burden on the accused for offences within their criminal jurisdiction. *Leland* was upheld in *Rivera v. Delaware*, 351 A.2d 561 (Del. 1976), appeal dismissed (Brennan and Mar-

doute raisonnable et que la défense d'aliénation mentale ne présentait à cet égard rien d'exceptionnel. Les considérations de politique criminelle ne justifiaient donc pas une dérogation au principe fondamental qu'il incombait à la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable la culpabilité. Ce raisonnement a été approuvé de façon constante par les arrêts subséquents de la Cour suprême: voir *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Mullaney v. Wilbur*, 421 U.S. 684 (1975); *Jackson v. Virginia*, 443 U.S. 307 (1979). Ainsi, l'arrêt *Davis* a établi la règle qui régit la procédure criminelle fédérale aux États-Unis depuis les dernières 95 années, à savoir que lorsque la preuve devant le juge des faits tend à indiquer que l'accusé était aliéné mental au sens de la loi au moment de l'infraction, il y a renversement du fardeau de la preuve et la poursuite doit établir hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait la capacité mentale nécessaire pour être jugé criminellement responsable.

À mon avis, les facteurs qui ont été considérés par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Davis* sont exactement ceux-là que le juge en chef Lamer nous invite à prendre en considération dans le présent pourvoi. Le juge Harlan devait décider si le fait d'imposer à l'accusé une charge réduite en matière de preuve aurait pour conséquence de grever la poursuite d'une charge écrasante et donnerait lieu à des acquittements non justifiés. Il a jugé que cela ne se produirait pas. Le fait que cette décision n'a pas été contestée pendant près d'un siècle contribue à me convaincre que la charge plus légère qu'on impose à l'accusé n'a pas créé dans la société américaine un problème urgent et réel.

Il faut toutefois signaler que la *ratio decidendi* dans l'arrêt *Davis* repose sur l'étendue des pouvoirs de contrôle de la Cour suprême et non sur des principes constitutionnels de fond. Ainsi, dans l'affaire *Leland v. Oregon*, 343 U.S. 790 (1952), on a expressément jugé qu'un État pouvait renverser le fardeau de la preuve en matière d'aliénation mentale en imposant à l'accusé l'obligation de convaincre. En conséquence, bon nombre d'États ont imposé à l'accusé une obligation de convaincre à l'égard d'infractions dans le cadre de leur compétence en matière criminelle. L'arrêt *Leland* a été

shall JJ. dissenting), 429 U.S. 877 (1976). The criminal trial process for those states that impose the persuasive burden is much the same as ours in Canada. It is incumbent on the accused to establish his or her insanity on a balance of probabilities.

In jurisdictions that impose only an evidentiary burden on the accused the procedure, including the burden on the prosecution, is explained by the First Circuit Court of Appeal in *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), *certiorari* denied, 105 S. Ct. 107 (1984), at p. 14:

When a defendant introduces evidence of insanity, the prosecution has the burden of proving him sane. In *United States v. Dube* ... this court described the prosecution's burden in these terms:

"Insanity is a jury question unless a reasonable man viewing the facts and reasonable inferences therefrom in the light most favorable to the prosecution must necessarily possess a reasonable doubt as to the defendant's sanity. The nature and quantum of rebuttal evidence sufficient to present a jury question is to some extent determined by the strength of the case for insanity. There is no general principle that the prosecution must counter defendant's expert medical evidence with expert testimony of its own. The expert testimony is not conclusive even where uncontradicted; its weight and credibility are for the jury to determine" [Emphasis added; citations omitted.]

In these jurisdictions the courts are very reluctant to interfere with the jury's finding of fact as to the mental state of the accused: see *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (8th Cir. 1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (8th Cir. 1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (Mich. Ct. App. 1976). It is also important to note that the jury is not bound by expert witnesses:

The jury is the ultimate judge of defendant's sanity at the time of the crime, and in this case, since it had before it evidence of defendant's behaviour and state of

confirmé par l'arrêt *Rivera v. Delaware*, 351 A.2d 561 (Del. 1976), appel rejeté (les juges Brennan et Marshall étant dissidents), 429 U.S. 877 (1976). La procédure criminelle dans les États qui imposent à l'accusé l'obligation de convaincre est sensiblement la même qu'au Canada. Il incombe à l'accusé de démontrer son aliénation mentale par une prépondérance de probabilités.

La First Circuit Court of Appeal, dans *United States v. Pasarell*, 727 F.2d 13 (1984), demande de *certiorari* rejetée, 105 S. Ct. 107 (1984), à la p. 14, explique les règles, y compris celles qui régissent le fardeau de preuve de la poursuite, dans les ressorts où l'accusé n'est tenu que du fardeau de présentation:

[TRADUCTION] Lorsqu'un accusé présente des éléments de preuve tendant à faire conclure à l'aliénation mentale, la charge de prouver qu'il est sain d'esprit incombe à la poursuite. [...] Dans l'affaire *U.S. v. Dube*, notre cour a décrit la charge de la poursuite de la façon suivante:

«L'aliénation mentale est une question à trancher par le jury à moins qu'un homme raisonnable qui considère les faits et les présomptions qui en découlent dans une perspective entièrement favorable à la poursuite soit nécessairement contraint à douter que les accusés soient sains d'esprit. La nature et la suffisance des contre-preuves qui sont nécessaires pour saisir le jury de la question sont dans une certaine mesure déterminées par la force probante des preuves d'aliénation. Il n'existe aucun principe général en vertu duquel la poursuite est tenue de contrer, par ses propres experts, la preuve médicale de la défense. Le témoignage des experts n'est pas concluant même s'il n'est pas contredit; c'est au jury de déterminer sa force probante et sa crédibilité ... » [Je souligne; les références sont omises.]

Dans ces ressorts, les tribunaux hésitent à intervenir pour remettre en cause les conclusions du jury quant à l'état mental de l'accusé: voir *United States v. Voice*, 627 F.2d 138 (8th Cir. 1980); *United States v. Samuels*, 801 F.2d 1052 (8th Cir. 1986); *People v. Stockwell*, 242 N.W.2d 559 (Mich. Ct. App. 1976). Il est également important de rappeler que le jury n'est pas lié par les témoignages d'experts:

[TRADUCTION] C'est le jury qui se prononce en dernier ressort sur la question de savoir si l'accusé au moment de l'infraction était sain d'esprit et, dans la présente

mind upon the basis of which it could have found defendant sane at that time, it was not bound by the expert opinion testimony of the doctor.

(*People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (Mich. 1966), at p. 35.)

Nor, as the *Pasarell* case makes clear, is there an obligation on the prosecution to “match” expert testimony. This would seem to undercut the argument often advanced by proponents of the persuasive burden that a merely evidentiary burden on the accused tends to produce a “battle of the experts” that leaves the jurors confused and often results in unjustified acquittals. It appears that in these jurisdictions leaving the determination of sanity, like the determination of other crucial questions of fact, to the good common sense and considered judgment of the jury has not presented any particular problem.

The American cases do not, in my view, support the conclusion that the higher burden on the accused is indispensable for the proper administration of criminal justice nor do they confirm the existence of the type of pressing and substantial concern that Lamer C.J. believes would arise if the persuasive burden on the accused were to be removed.

(b) Commentary on the American Experience

Canadian commentators have looked to the American experience for guidance in this matter. In “A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence” (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, Professor G. Ferguson evaluates what he calls the “pragmatic considerations” in favour of keeping the persuasive burden on the accused. They are (at p. 148):

- (i) to reduce the likelihood of successful fabrication of the insanity defence;
- (ii) a reasonable doubt about the accused’s sanity can be created too easily; [and]
- (iii) proving the accused’s sanity beyond a reasonable doubt is impossible.

He states at p. 148:

affaire, puisqu’il avait devant lui des éléments de preuve quant au comportement et quant à l’état d’esprit de l’accusé, éléments de preuve lui permettant de juger que l’accusé était sain d’esprit, il n’était pas lié par le témoignage expert du médecin.

(*People v. Krugman*, 141 N.W.2d 33 (Mich. 1966), à la p. 35.)

La poursuite n’est pas non plus, comme l’indique clairement l’arrêt *Pasarell*, obligée d’opposer ses propres experts à ceux de la défense. Cela semble réfuter l’argument souvent proposé par les tenants d’une règle imposant l’obligation de convaincre que la règle n’imposant à l’accusé qu’une obligation de présenter des éléments de preuve donnerait souvent lieu à un «combat des experts» qui laisse les jurés dans la confusion et entraîne souvent des acquittements non fondés. Il semble que dans ces ressorts le fait de laisser au bon sens et au jugement attentif du jury la question de l’aliénation mentale, comme on le fait pour d’autres questions essentielles, n’a pas créé de problème.

Les affaires américaines, selon moi, n’étaient pas la conclusion que la saine administration de la justice pénale exige qu’on impose à l’accusé une charge plus lourde; elle ne confirme pas non plus l’existence du genre de préoccupation urgente et réelle que le juge en chef Lamer craint de voir surgir si l’on dispensait l’accusé de l’obligation de convaincre.

(b) Commentaires sur l’expérience américaine

Les auteurs canadiens ont cherché, dans ce domaine, à s’inspirer de l’expérience américaine. Dans son article «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen’s L.J.* 135, le professeur G. Ferguson évalue ce qu’il appelle les «considérations d’ordre pragmatique» en faveur du maintien de l’obligation de convaincre. Ces considérations sont (à la p. 148):

[TRADUCTION]

- (i) l’importance de réduire la possibilité que l’on puisse réussir à fabriquer la défense d’aliénation mentale;
- (ii) le fait qu’il soit trop facile de créer un doute que l’accusé est sain d’esprit; [et]
- (iii) l’impossibilité de prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé est sain d’esprit.

Il écrit, à la p. 148:

Upon closer examination, these pragmatic considerations lack validity. The experience in the United States is particularly revealing. As of 1982, in half of the States and in all federal courts, once there is some evidence of insanity, the prosecution has the burden of proving the accused's sanity beyond a reasonable doubt. Does that burden allow a throng of fabricated insanity pleas to succeed? Does it put an intolerable or impossible burden on the Crown? I sampled the reported cases in those jurisdictions for the year 1982. In almost all of the cases there was at least some expert evidence supporting the accused's insanity plea. But in twenty-eight of the thirty cases, the defence of insanity failed. The Crown proved its case; the accused failed to raise a reasonable doubt. If anything, these figures suggest that even raising a reasonable doubt about insanity may be too difficult a standard to meet rather than one which is too facile. (Incidentally, in jurisdictions where the accused had the burden of proof on a balance of probabilities, the accused's insanity plea failed sixteen times in seventeen cases.) [Emphasis added.]

It would appear that in the United States the evidentiary burden has not resulted in a flood of accused persons being found not guilty by reason of insanity. Nor have the Americans witnessed a great rush of insanity pleas. As the American Psychiatric Association notes in its *Statement on the Insanity Defense* issued in 1982:

(S)uccessful invocation of the [insanity] defense is rare (probably involving a fraction of one percent of all felony cases). While philosophically important for the criminal law, the insanity defense is empirically unimportant.

(See R. J. Simon and D. E. Aaronson, *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era* (1988), at p. 8.)

Statistics gathered from follow-up studies on NGRI acquittees (Not Guilty by Reason of Insanity) in both countries tend to indicate that not many mistakes are being made. In Canadian statistical materials provided to this Court by the parties (S. Hodgins et al., *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants* (1989), Table 5, "A Description of Patients Under Lieutenant Governors' Warrant March 1, 1988"), the most common

[TRADUCTION] Ces considérations pragmatiques ne résistent pas à l'analyse. L'expérience aux États-Unis est particulièrement révélatrice. En 1982, dans la moitié des États et devant tous les tribunaux fédéraux, dès qu'il existe un élément de preuve de l'aliénation mentale, la poursuite est obligée de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit. Cette obligation permet-elle la réussite d'une foule de défenses fabriquées d'aliénation mentale? Impose-t-elle au ministère public une charge intolérable ou impossible à relever? J'ai étudié les affaires rapportées dans ces ressorts pour l'année 1982. Dans presque toutes les affaires, il y avait au moins une certaine preuve par témoin-expert pour étayer la défense d'aliénation mentale. Mais la défense d'aliénation mentale n'a pas réussi dans 28 affaires sur 30. Le ministère public a fait sa preuve; l'accusé n'a pas réussi à soulever un doute raisonnable. Ces chiffres, s'ils veulent dire quelque chose, indiquent que le fardeau de soulever un doute raisonnable en matière d'aliénation peut être un fardeau trop lourd plutôt que trop léger. (Signalons que dans les ressorts où l'accusé avait l'obligation de convaincre, la défense d'aliénation mentale a échoué 16 fois sur 17.) [Je souligne.]

Il semble qu'aux États-Unis la règle n'imposant qu'un fardeau de présentation à l'accusé n'a pas donné lieu à une foule d'acquittements pour cause d'aliénation mentale. Les Américains n'ont pas constaté un afflux de plaidoyers d'aliénation mentale. Comme le signale l'American Psychiatric Association dans son *Statement on the Insanity Defense* publié en 1982:

[TRADUCTION] (I)l est rare qu'on invoque avec succès la défense [d'aliénation mentale] (sans doute dans moins de 1 % de toutes les accusations de félonie). Bien qu'elle présente un intérêt théorique considérable, sur le plan empirique la défense d'aliénation mentale n'est pas importante.

(Voir R. J. Simon et D. E. Aaronson, *The Insanity Defense: A Critical Assessment of Law and Policy in the Post-Hinckley Era* (1988), à la p. 8.)

Des statistiques provenant d'études de suivi sur les acquittements pour cause d'aliénation mentale dans les deux pays tend à démontrer qu'il y a assez peu d'erreurs. Un document statistique canadien produit par les parties (S. Hodgins et autres, *Annual Report, Year 1 Canadian Data Base: Patients Held on Lieutenant Governors' Warrants* (1989), Tableau 5, «A Description of Patients Under Lieutenant Governors' Warrant March 1, 1988»), signale que les troubles mentaux les plus

reported mental disorders among detainees were: schizophrenia (65.3%), personality disorders (11.9%), affective disorders (7.6%), delusional paranoid disorders (6.9%), and mental retardation (4.2%). On the other hand, only 0.2% of the patients were found to have "No Diagnosis". This figure means that only 2 of the 1007 detainees under the L.G.W. system in 1988 were found to have no mental disorder.

In the United States, a somewhat less recent study of NGRI Admissions to Saint Elizabeths Hospital in Washington D.C. also tends to support the proposition that most acquittees are in fact in need of psychiatric treatment. Arthur Matthews Jr. consolidated the psychiatric diagnoses of NGRI acquittees over a 12-year period (1954-1965). He found schizophrenia to be the most prevalent mental disorder (39.1%). His research indicates that only 5.5% of NGRIs were found to be "Without Mental Disorder": see *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study* (1970), at p. 35. Although significantly higher than the Canadian statistics, these figures, in my view, do not indicate that successfully fabricated insanity pleas have given rise to a pressing and substantial problem in the United States.

(c) Recommendations Respecting the Burden of Proof in American States

The American Bar Association's Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice has done extensive research on the problems associated with mental disability and the criminal justice system. The *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards* (1983), reviews the state of the law and sets out recommendations for allocating the burden of proof in insanity cases (at pp. 291-93):

Standard 7-6.9. Burden of production and burden of persuasion

(a) The defendant should have the burden of assuring that evidence of insanity is introduced.

fréquemment signalés chez les détenus sont: la schizophrénie (65,3 %), les troubles de personnalité (11,9 %), les troubles affectifs (7,6 %), les troubles de délire paranoïde (6,9 %), et la débilité mentale (4,2 %). Par ailleurs, la mention [TRADUCTION] «aucun diagnostic» n'apparaissait que dans 0,2 % des cas. Ce chiffre veut dire qu'on avait jugé que sur les 1 007 détenus en vertu du régime des mandats du Lieutenant gouverneur en 1988, deux seulement n'étaient pas atteints de troubles mentaux.

Aux États-Unis, une étude moins récente des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale admises à l'hôpital Saint Elizabeths à Washington, D.C., étaye également l'hypothèse que la plupart des personnes acquittées ont réellement besoin de traitements psychiatriques. Arthur Matthews Jr. a colligé les diagnostics psychiatriques des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale au cours d'une période de 12 ans (1954-1965). Il a constaté que le trouble mental le plus fréquent était la schizophrénie (39,1 %). Sa recherche démontre que seulement 5,5 % des personnes acquittées ont été jugées [TRADUCTION] «sans trouble mental»: voir *Mental Disability and the Criminal Law: A Field Study* (1970), à la p. 35 Bien que ces chiffres soient considérablement plus élevés que les chiffres canadiens, ils n'indiquent pas, selon moi, qu'aux États-Unis des défenses d'aliénation mentale fabriquées ont donné lieu à un problème urgent et réel.

g c) Recommandations visant le fardeau de la preuve dans les États américains

Le Standing Committee on Association Standards for Criminal Justice de la American Bar Association a mené des recherches approfondies sur les problèmes posés par les troubles mentaux dans le contexte du système de justice pénale. Le *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards* (1983) passe en revue le droit positif actuel et présente des recommandations pour l'attribution du fardeau de la preuve en matière d'aliénation mentale (aux pp. 291 à 293):

[TRADUCTION] Norme 7-6.9. **Obligation de présenter, obligation de convaincre**

(a) L'obligation de présenter une preuve d'aliénation mentale incombe à l'accusé.

(b) Once evidence of insanity has been introduced at trial, the burden of persuasion should be allocated as follows:

(i) in jurisdictions utilizing any test for insanity which focuses solely on whether the defendant, as a result of mental disease or was unable to know, understand or appreciate the wrongfulness of his or her conduct at the time of the offense charged, the prosecution should have the burden of disproving the defendant's claim of insanity beyond a reasonable doubt;

(ii) in jurisdictions utilizing the ALI-Model Penal Code test for insanity, the defendant should have the burden of proving the claim of insanity by a preponderance of the evidence.

(c) Nothing contained in paragraph (b) above relieves the prosecution of its burden of proving beyond a reasonable doubt all elements of the offense charged including the mental state required for the offense charged.

Commentary

... The difficult question concerns the allocation of the burden of persuasion once the issue has been raised

At the present time, the states are closely divided on this question: twenty-six states (and the District of Columbia in nonfederal cases) place the burden of proving insanity on the defendant, (usually) by a preponderance of the evidence. In contrast, twenty-four states require the prosecution to prove the defendant's sanity beyond a reasonable doubt. In the federal courts, the burden is borne by the prosecution

... Paragraph (b) provides that the burden should fall upon the prosecution to disprove a defendant's claim of insanity in those states using a test which focuses solely on whether the defendant, as a result of mental disease or defect, was unable to know, understand or appreciate the wrongfulness of his conduct. This embrace of the *Davis* doctrine recognizes that a narrowing of the insanity test requires that the "risk of error" remain with the prosecution. In contrast, the second part provides that jurisdictions employing the combined cognitive-volitional test should shift the burden of proof to the defendant, recognizing the right of jurisdictions to place the burden on the defendant when that defendant is the recipient of the possible benefits flowing from an expanded insanity test. The shift is thus a *quid pro quo* for the greater latitude implicit within the volitional part of the test.

(b) Lorsqu'une preuve d'aliénation mentale a été présentée lors du procès, l'obligation de convaincre est attribuée comme suit:

(i) dans les ressorts où la définition de l'aliénation mentale ne vise que les cas où l'accusé, par suite de maladie ou de déficience mentale est incapable de connaître, comprendre ou juger le caractère mauvais de son comportement au moment de l'infraction, la poursuite devrait avoir l'obligation de réfuter la défense d'aliénation mentale hors de tout doute raisonnable;

(ii) dans les ressorts où l'on définit l'aliénation mentale selon le modèle proposé par le Model Penal Code du ALI l'accusé devrait être obligé de prouver son aliénation mentale par une prépondérance des probabilités.

(c) Le paragraphe (b) du présent article ne dispense aucunement la poursuite de l'obligation de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments de l'infraction faisant l'objet de l'accusation, y compris l'élément moral qu'exige l'infraction en question.

Commentaire

... La difficulté est celle de l'attribution de l'obligation de convaincre une fois que la question a été soulevée

À l'heure actuelle, les États se partagent à peu près également là-dessus: vingt-six États (et le district de Columbia dans les affaires non fédérales) imposent à l'accusé l'obligation de prouver l'aliénation mentale (ordinairement) par une prépondérance des probabilités. Par contre, vingt-quatre États imposent à la poursuite la preuve hors de tout doute raisonnable que l'accusé est sain d'esprit. Dans les cours fédérales, l'obligation incombe à la poursuite

... Le paragraphe (b) prévoit que l'obligation devrait incomber à la poursuite de réfuter la défense d'aliénation mentale de l'accusé dans les États où l'aliénation mentale se définit comme l'incapacité de connaître, de comprendre ou de juger le caractère mauvais du comportement. Cette adoption de la règle de l'arrêt *Davis* reconnaît qu'une définition plus étroite de l'aliénation mentale commande que le «risque d'erreur» soit assumé par la poursuite. Au contraire, la seconde partie prévoit que dans les ressorts qui ont adopté une définition combinant des aspects cognitifs et volitifs, il devrait y avoir inversion de la charge de la preuve, ce qui reconnaît le droit de l'État d'imposer le fardeau de la preuve à l'accusé lorsque cet accusé bénéficie d'une définition plus large de l'aliénation mentale. Le renversement est donc la contrepartie de la plus grande latitude que comporte l'aspect volitif de la définition.

The allocation formula is based on the view that mistakes in the administration of the insanity defense occur primarily when the volitional prong of the current ALI-Model Penal Code formulation is the test employed Conversely, because the risk of mistake is greatly reduced under a cognitive test, the reduction of risk in such cases supports the view that there is no justification for shifting the burden of proof to the defendant. [Emphasis added.]

I note that formulation of the insanity defence in s. 16(2) of the *Code* employs a cognitive test. As such, the ABA recommendations would indicate that *ceteris paribus* the lower evidentiary burden is appropriate in the Canadian context.

2. Recommendations in Canada

Canadian commentators have reached similar conclusions concerning the appropriate burden of proof for the insanity defence. In *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law* (1986), an unpublished paper prepared for the Law Reform Commission of Canada by Professor Patrick Healy, the author examines the insanity issue within the context of reverse onus clauses generally. He says (at paras. 29 and 32):

29. . . . the two principal rationales for the reverse onus are animated by notions of efficiency and convenience, and thus suggest that reverse onuses are expedient devices [T]herefore, it must be asked whether considerations of expediency carry enough force to overtake the general rule regarding the burden of proof

32. It is submitted that neither the difficulty of proving a negative or the difficulty of acquiring affirmative evidence of facts on which the accused might be the best witness is possessed of such overriding force that they justify a rule that would require the accused to prove his innocence

He further notes (at paras. 35 and 36) that:

35. The reverse onus with respect to insanity is an anachronistic vestige of the era in which the accused bore the burden to disprove guilt once the prosecution had established a *prima facie* case with regard to *actus reus* of the offence. The allocation of the *onus probandi* in this instance, however, was fortified by the so-called presumption of sanity and the presumption that the accused intended the natural and probable consequences

La formule d'attribution est fondée sur le point de vue que des erreurs dans l'administration de la défense d'aliénation mentale se produisent surtout lorsque la définition de cette défense comporte l'aspect volitif selon le modèle actuel du Code pénal de l'ALI. [. . .] Inversement, puisque le risque d'erreur est beaucoup plus faible lorsque la définition ne comporte que l'aspect cognitif, le transfert à l'accusé du fardeau de la preuve ne semble pas justifié. [Je souligne.]

^b Or, l'aliénation mentale telle que formulée au par. 16(2) du *Code* renvoie aux fonctions cognitives. À cause de cela, les recommandations de la ABA indiqueraient, toute autre chose étant par ailleurs égale, que le fardeau moins rigoureux convient dans le contexte canadien.

2. Recommendations au Canada

Les auteurs canadiens sont arrivés à des conclusions semblables au sujet du fardeau de preuve qu'il convient d'imposer en matière d'aliénation mentale. Le professeur Patrick Healy a rédigé pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada une étude non publiée intitulée *The Presumption of Innocence in the Draft Code of Substantive Criminal Law* (1986), dans laquelle il étudie la question de l'aliénation mentale dans le cadre des dispositions renversant le fardeau de la preuve. Il écrit (aux par. 29 et 32):

[TRADUCTION] 29. . . . On reverse le fardeau de la preuve pour des raisons d'efficacité et de commodité; la finalité de ce mécanisme est essentiellement pratique. [. . .] [I]l faut donc se demander si des considérations d'ordre pratique peuvent l'emporter sur les règles générales régissant le fardeau de la preuve

32. Nous estimons que ni la difficulté de prouver une proposition négative ni celle de recueillir la preuve de faits au sujet desquels l'accusé est peut-être le témoin le plus compétent sont d'une telle importance qu'elles justifient une règle en vertu de laquelle l'accusé doit prouver son innocence

Il signale encore (aux par. 35 et 36) que:

ⁱ [TRADUCTION] 35. Le renversement du fardeau en ce qui concerne l'aliénation mentale est un vestige anachronique de l'époque où l'accusé était tenu d'établir qu'il n'était pas coupable dès que la poursuite avait établi la preuve *prima facie* de l'*actus reus* de l'infraction. L'attribution du fardeau de la preuve dans ce cas, toutefois, était renforcée par la prétendue présomption que toute personne est saine d'esprit et la présomption que l'accusé

of his act. These two presumptions effectively created a presumption of *mens rea* and their combined force ensured the survival of this particular reverse onus at common law long after the end of the nineteenth century, by which time the courts had largely reversed the older doctrine that the prosecution need only establish the *actus reus* and that, to avoid conviction, the presumption of *mens rea* required the accused to prove his innocence by proving a viable justification, excuse or defence.

36. The general presumption of *mens rea*, at least as a mandatory presumption arising upon the prosecution's *prima facie* case, is now a thing of the past, and although the presumption of sanity has survived its sole utility is to state that the sanity of the accused is not an implied or necessary element in the prosecution's case. In more recent times the rationales advanced most frequently for the reverse onus in insanity are not materially different from the rationales given for other reverse onuses: the mental state of the accused is exceptionally difficult to ascertain and only the accused is best equipped to provide relevant evidence on the issue. If the most compelling justification for allocating the *onus probandi* to the accused on this issue is to ensure that it does not avail to his benefit without a secure evidentiary foundation, then neither a presumption of sanity nor the allocation is necessary or desirable in a new code. Accordingly, the draft ought to stipulate in specific terms the essential elements of each offence and sanity (or insanity) would therefore not be an issue unless specifically raised by either party. The salient interests in policy are satisfied not by requiring proof once the issue is raised, but by ensuring that the issue need only be negated when the defence makes a sufficient case for doing so. Such a burden is not lightly undertaken nor easily discharged and there is no compelling reason of principle, or even of utility, to distinguish it from provocation, duress, and self-defence. [Emphasis added.]

Professor Colvin is also of the view that the lower burden deserves serious consideration. He

veut la réalisation des conséquences naturelles et probables de son acte. Ces deux présomptions créaient une présomption de *mens rea* et leur force combinée a assuré la survie de ce renversement de fardeau en common law longtemps après la fin du dix-neuvième siècle, alors que les tribunaux avaient largement renversé l'ancienne règle selon laquelle la poursuite n'était tenue que d'établir l'*actus reus* et que la présomption de *mens rea* contraignait l'accusé, pour éviter la condamnation, de prouver son innocence en faisant la preuve d'une justification, d'une excuse ou d'une défense valable.

36. La présomption générale de *mens rea*, du moins à titre de présomption découlant de façon nécessaire de la preuve *prima facie* de la poursuite est maintenant chose du passé et bien que la présomption que toute personne est saine d'esprit a survécu, elle ne sert qu'à affirmer que la capacité mentale de l'accusé ne fait pas partie, ni de façon implicite, ni de façon nécessaire des éléments dont la preuve incombe à la poursuite. À une époque plus récente la raison d'être que l'on attribue le plus souvent au renversement du fardeau de la preuve en matière d'aliénation mentale ne diffère pas essentiellement de la raison d'être des autres renversements de fardeau. Il est particulièrement difficile de connaître l'état mental de l'accusé; seul ce dernier est le plus en mesure d'apporter à cet égard une preuve pertinente. Si la raison la plus importante pour imposer la charge de la preuve de l'aliénation mentale à l'accusé est d'empêcher ce dernier de bénéficier de cette défense si elle n'est pas fondée solidement sur des éléments de preuve, ni la présomption que l'accusé est sain d'esprit ni l'attribution du fardeau de preuve ne sont nécessaires ou souhaitables dans un nouveau code. En conséquence, le projet devrait préciser les éléments essentiels de chaque infraction et la question de la santé mentale (ou celle de l'aliénation mentale) ne serait donc pas en cause à moins d'avoir été soulevée par l'une ou l'autre des parties. On respecte les impératifs de la politique criminelle non pas en exigeant une preuve prépondérante de l'aliénation mentale quand la question est soulevée mais plutôt en s'assurant que la preuve de la capacité mentale n'est nécessaire que si elle est remise en cause par des éléments de preuve suffisants présentés par la défense. Le fardeau de présenter ces éléments de preuve n'est pas entrepris à la légère ni facilement satisfait et il n'y a aucun motif de principe ou d'opportunité pour l'envisager différemment de celle qu'on retrouve dans les défenses de provocation, de contrainte ou de légitime défense de la personne. [Je souligne.]

Le professeur Colvin est lui aussi d'avis qu'il faut sérieusement envisager un fardeau plus léger.

states at p. 241 of *Principles of Criminal Law* (1986):

The placement of the persuasive burden should now be vulnerable to a constitutional challenge under s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms [I]nsanity is the only defence of deficient mental capacity for which the onus of proof is now reversed. If the efficiency of the criminal justice system can withstand the prosecution carrying the persuasive burden for the other defences, why should it be supposed that a reverse onus is of crucial importance for insanity?

I would note that the Law Reform Commission embraced this lower burden of proof in Report 31, *Recodifying Criminal Law* (1987). The Commission states at p. 4:

In the Commission's view the prosecution should prove all necessary conditions of liability by evidence which is admissible and which in the judgement of the trier of fact proves them beyond reasonable doubt, while the accused should not have to prove any fact in issue in a criminal trial. This burden of proof obliges the prosecution, therefore, not only to prove all inculpatory elements of a crime but also to disprove any matter of exculpation for which the evidence adduced (irrespective of its source) discloses a foundation. By contrast, an accused, when seeking to plead a matter of exculpation not already raised by the evidence, need only produce sufficient evidence to disclose such a foundation. Meanwhile the prosecution need not disprove any matter of defence, justification or excuse before such foundation is disclosed.

In line with this approach, the Commission has refrained . . . from casting a legal burden on an accused regarding any matter of exculpation. On the one hand such reverse onuses may well be contrary to the presumption of innocence and paragraph 11(d) of the Charter. On the other hand they are also unnecessary, because sufficient protection against unwarranted acquittals lies in the requirement that any matter of exculpation be based on a demonstrable evidentiary foundation. [Emphasis added.]

3. Recommendations in Great Britain

It is of note that the English Criminal Law Revision Committee has come to the same conclusion regarding the appropriate burden of proof. In the Eleventh Report of the English Criminal Law

Il affirme, à la p. 241 des *Principles of Criminal Law* (1986):

[TRADUCTION] L'attribution de l'obligation de convaincre devrait maintenant prêter flanc à une contestation constitutionnelle en vertu de l'al. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés. [. . . À] l'heure actuelle, l'aliénation mentale est la seule défense d'absence de capacité mentale pour laquelle le fardeau de la preuve est renversé. Si l'efficacité du système peut tolérer que l'obligation de convaincre incombe à la Couronne dans le cas des autres défenses, pourquoi le renversement du fardeau serait-il si crucial en matière d'aliénation mentale?

Dans son Rapport 31 intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1987), la Commission de réforme du droit se rallie à ce fardeau de preuve plus léger. La Commission déclare, à la p. 4:

Selon la Commission, la poursuite devrait établir toutes les conditions de la responsabilité au moyen de preuves qui sont admissibles et qui, selon le juge des faits, sont de nature à démontrer l'existence de ces conditions au-delà du doute raisonnable; l'accusé ne devrait pas être obligé de fournir la preuve d'un fait en litige dans un procès pénal. Ce fardeau de la preuve oblige la poursuite non seulement à prouver tous les éléments constitutifs du crime mais aussi à réfuter tout moyen de défense pouvant être fondé sur les preuves rapportées (peu importe par quelle partie). Par contraste, l'accusé qui cherche à invoquer un moyen de défense auquel les preuves déjà produites ne donnent pas ouverture, n'a qu'à fournir une preuve suffisante pour en établir le fondement. La poursuite, quant à elle, n'a pas à réfuter un moyen de défense, une justification ni une excuse si ceux-ci ne paraissent pas fondés sur les preuves rapportées.

C'est pourquoi, la Commission n'a pas voulu [. . .] imposer à l'accusé la charge ultime des moyens de défense. D'une part, il se peut fort bien qu'une telle inversion de la charge de la preuve soit contraire à la présomption d'innocence et à l'alinéa 11d) de la Charte. D'autre part, elle est aussi inutile puisque l'exigence de prouver le fondement d'un moyen de défense protège suffisamment contre les acquittements injustifiés. [Je souligne.]

3. Recommandations en Grande-Bretagne

Il est intéressant de constater que l'English Criminal Law Revision Committee en est arrivé à la même conclusion concernant le fardeau de preuve qu'il convient d'adopter. Dans le Eleventh

Revision Committee, *Evidence (General)* (1972), the eminent jurists state at pp. 88-90:

140. We are strongly of the opinion that, both on principle and for the sake of clarity and convenience in practice, burdens on the defence should be evidential only Our reasons are given below.

(i) In the typical case where the essence of the offence is that the offender has acted with blameworthy intent, and the defence which the accused has the burden of proving implies that he had no such intent but acted wholly innocently, it seems to us repugnant to principle that the jury or magistrates' court should be under a legal duty, if they are left in doubt whether or not the accused had the guilty intent, to convict him. For this is what the law requires. . . . It may well be that this kind of situation does not occur at all commonly but that in practice the prosecution assume [*sic*] the burden of proving the whole case; for in our 6th report we mentioned (in relation to a suggestion to create an offence with a persuasive burden on the accused) that "the experience of members of the committee in the case of similar provisions as regards existing offences suggests that in practice provisions of this kind are less efficacious than may have been hoped when they were enacted, because juries are sometimes unwilling to convict unless the prosecution leads evidence sufficient to rule out the defence". But even if so, it seems to us undesirable that the possibility which we mentioned should continue to exist even in theory. If provisions of this kind have indeed little or no effect, the case for altering them seems, if anything, stronger.

(v) The change would get rid of the present need for the judge to give the jury the complicated direction on the difference between the burden on the prosecution of proving a matter beyond reasonable doubt and that on the defence of proving a matter on a balance of probabilities. Many judges have said that they find it difficult or impossible to direct juries on this in a way which the jury are likely to find satisfactory or even intelligible.

We propose also that the burden of proving insanity as a defence should be made an evidential one. The present rule that it is a persuasive burden is, in our opinion, anomalous and open to most of the objections stated in

Report of the English Criminal Law Revision Committee, *Evidence (General)* (1972) les éminents juristes affirment, aux pp. 88 à 90:

[TRADUCTION] 140. Nous sommes d'avis que pour des motifs de principe et pour des raisons de clarté et de commodité dans la pratique, seule l'obligation de présenter des éléments de preuve devrait incomber à la défense. [. . .] Voici nos raisons:

(i) Dans le cas typique où la qualité substantielle d'un crime est que l'accusé a agi avec une intention coupable et où la défense dont la preuve revient à l'accusé est qu'il n'avait pas une telle intention mais a agi de façon tout à fait innocente, il nous semble contraire aux principes que le jury ou la cour de magistrat soient obligés en vertu de la loi, s'ils ont un doute quant à cette intention coupable, de condamner l'accusé. Pourtant, c'est ce qu'exige la loi. [. . .] Il se peut bien que cette situation ne se produise pas fréquemment et qu'en pratique la poursuite prenne sur elle de prouver tous les éléments de la culpabilité; en effet, dans notre 6^e rapport nous avons signalé (en réaction à une proposition de créer une infraction qui imposerait à l'accusé une obligation de convaincre) que «l'expérience des membres du comité en ce qui concerne des dispositions semblables rattachées à des infractions existantes leur indique qu'en pratique, des dispositions de ce genre s'avèrent moins efficaces qu'on l'aurait souhaité lorsqu'on les a adoptées, parce que les jurys hésitent parfois à condamner à moins que la poursuite présente une preuve suffisante pour écarter la défense». Mais même si cela se produit, il ne nous semble pas souhaitable que la possibilité à laquelle nous avons fait allusion continue à exister même de façon purement théorique. Si des dispositions de ce genre n'ont pas d'effet, ou en ont peu, l'argument en faveur du changement n'en est que plus fort.

(v) Le changement dispenserait le juge d'avoir à donner au jury des directives compliquées concernant la différence entre la preuve hors de tout doute raisonnable, qui incombe à la poursuite, et la preuve par prépondérance des probabilités, qui incombe à l'accusé. Bon nombre de juges ont déclaré qu'ils trouvent difficile, voire impossible de donner au jury des directives satisfaisantes ou même intelligibles sur cette question.

Nous proposons également que la charge de prouver la défense d'aliénation mentale consiste en une obligation de présenter des éléments de preuve. La règle actuelle en vertu de laquelle ce fardeau comporte l'obligation de

this paragraph to the statutory persuasive burdens The great majority of those whom we consulted in 1968 were in favour of the proposed change. A few, however, opposed it, chiefly on the ground that it would be an unwarranted departure from the policy of Parliament in a number of enactments. But we do not regard this as sufficient to outweigh the arguments mentioned above. [Emphasis added.]

They also stress that even the lower burden on the accused is not an inconsequential or trivial one (at pp. 87-88):

138. . . .

The words "a live issue fit and proper to be left to the jury" show that it is not enough for the defence merely to allege the fact in question: the court decides whether there is a real issue on the matter. Therefore, when the burden is an evidential one, there is no need for the judge to mention the burden to the jury at all. If he decides that there is insufficient evidence to raise an issue on the matter, he directs the jury that they must take the matter as proved against the defence. If he decides that there is sufficient evidence to raise an issue on the matter, he simply directs the jury in the ordinary way that it is for the prosecution to satisfy them on the matter beyond reasonable doubt. [Emphasis added.]

In short, the lower burden on the accused who pleads insanity is seen as being both more consonant with fundamental principles of criminal law and as a sufficiently high threshold to prevent insanity pleas in cases where there is only tenuous support for such a plea.

The respondent, for the reasons discussed above, has not been able to establish that s. 16(4) of the *Criminal Code* was aimed at an existing pressing and substantial concern and, while it may be that the legislature need not necessarily wait until such a concern has arisen, I do not believe that the respondent has succeeded in establishing even a likelihood of its arising. I would conclude therefore that the first requirement of the *Oakes* test has not been met. However, in case I am wrong in this I propose to go on to consider whether s. 16(4) meets the proportionality aspect of *Oakes*.

convaincre constitue, selon nous, une anomalie et prête flanc à la plupart des critiques qu'énonce ce paragraphe à l'endroit des dispositions prévoyant l'obligation légale de convaincre. [. . .] La grande majorité de ceux que nous avons consultés en 1968 étaient en faveur du changement proposé. Certains, toutefois, s'y opposaient, principalement parce que cela dérogerait sans justification à la politique du Parlement dans bon nombre de textes législatifs. Nous ne considérons pas que cet argument doive l'emporter sur les arguments déjà énoncés. [Je souligne.]

Ils soulignent aussi que le fardeau plus léger n'est ni insignifiant ni trivial (aux pp. 87 et 88):

[TRADUCTION] 138. . . .

Les mots «une question sérieuse dont il convient de saisir le jury» montrent qu'il ne suffit pas pour la défense de simplement alléguer le fait: il revient à la cour de décider si la question se pose réellement en l'espèce. Par conséquent, lorsque le fardeau en est un de présentation, il n'est pas nécessaire que le juge en fasse mention au jury. S'il décide que la preuve n'est pas suffisante pour mettre la question en litige, il commande à ce dernier de considérer la question comme si elle avait été prouvée contre la défense. S'il décide que la preuve est suffisante pour mettre une question en litige, il donne ses directives au jury de la façon ordinaire et leur dit que la poursuite, en ce qui concerne cette question, doit les convaincre hors de tout doute raisonnable. [Je souligne.]

En somme, le fait d'imposer à l'accusé qui plaide l'aliénation mentale un fardeau plus léger paraît à la fois une règle plus conforme aux principes fondamentaux du droit pénal et un seuil suffisamment élevé pour empêcher que l'on plaide l'aliénation mentale dans des affaires où cette défense est peu justifiée.

L'intimée, pour les motifs dont nous avons déjà traité, n'a pu établir que le par. 16(4) du *Code criminel* visait une préoccupation urgente et réelle qui existe à l'heure actuelle et, bien que la législature ne soit peut-être pas tenue d'attendre qu'une telle préoccupation se soulève, je ne crois pas que l'intimée a réussi à établir que cette préoccupation est susceptible de se soulever. J'en conclus donc que la première condition des critères de l'arrêt *Oakes* n'a pas été remplie. Cependant, dans l'hypothèse où je serais dans l'erreur à cet égard, je me propose d'étudier si le par. 16(4) est conforme à l'exigence de proportionnalité qu'énonce l'arrêt *Oakes*.

4. *The Proportionality Test*

There are three parts to the proportionality test in *Oakes*. I do not take issue with Lamer C.J.'s conclusion on the first of these that s. 16(4) is rationally connected to the legislative objective being sought, whether that objective is perceived in his narrow terms or in my broader terms. The second part is commonly referred to as the "minimal impairment" test and poses more difficulty.

The issue under this part of the *Oakes* test is whether some other legislative provision could achieve the desired objective while impairing the *Charter* right "as little as possible". Lamer C.J. is of the view that Parliament is not required to seek and adopt "the absolutely least intrusive means of attaining its objective" (p. 1341). He indicates that he is unwilling to embark on a course of "second-guessing" the wisdom of Parliament's choice of legislative means and cites some recent decisions of this Court as authority for this deferential attitude. In my view, this is not a case for deference. In one of the cases on which the Chief Justice relies, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court indicated that there might be exceptions to the stringent review called for under this part of the *Oakes* test. Whether or not such an exception was warranted would depend upon the role Parliament was fulfilling in enacting the impugned legislation.

As I understand this aspect of *Irwin Toy*, an exception may be made where the legislature mediating between the competing claims of groups of citizens or allocating scarce resources among them is forced to strike a compromise on the basis of conflicting evidence. In such cases there will be a substantial policy component to the choice of means selected by the legislature and that choice should be respected even if it cannot be said to represent the "least intrusive means". In my view, *Irwin Toy* does not stand for the proposition that in balancing the objective of government against the guaranteed right of the citizen under s. 1

4. *L'exigence de proportionnalité*

L'exigence de proportionnalité de l'arrêt *Oakes* comporte trois volets. Je ne conteste pas la conclusion du juge en chef Lamer concernant le premier de ces volets, à savoir que le par. 16(4) présente un lien de connexité rationnel avec l'objectif législatif recherché, que cet objectif soit conçu dans les termes plus étroits qu'il propose ou dans les termes plus larges que j'emploie pour le décrire. Le second volet, qu'on qualifie fréquemment de «critère de l'atteinte minimale» pose une difficulté plus grande.

La question qu'il faut se poser à l'égard de ce volet des critères de l'arrêt *Oakes* est de savoir si quelqu'autre mesure législative pourrait permettre d'atteindre l'objectif recherché tout en portant «le moins possible atteinte» au droit garanti par la *Charte*. Le juge en chef Lamer est d'avis que le Parlement n'est pas tenu de chercher et d'adopter «le moyen le moins envahissant, dans l'absolu, en vue d'atteindre son objectif» (p. 1341). Il indique qu'il n'accepte pas de «remettre en cause» la sagesse du choix que le Parlement a fait des mesures législatives et cite des décisions récentes de notre Cour pour étayer cette attitude de respect. Selon moi, il ne s'agit pas d'un cas où le respect s'impose. Dans une des affaires sur lesquelles se fonde le Juge en chef, *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a indiqué qu'il pourrait y avoir des exceptions à l'examen rigide demandé par l'arrêt *Oakes*. Qu'une telle exception soit ou non justifiée, dépend du rôle que jouait le Parlement en adoptant la législation contestée.

Selon mon interprétation de cet aspect de l'arrêt *Irwin Toy*, on peut faire une exception dans les cas où le législateur cherche à concilier des revendications opposées ou à répartir des ressources limitées, et doit trouver un compromis sur la base de preuves contradictoires. Dans ces cas, il existe un élément important de politique dans les choix des moyens choisis par le législateur et ces choix doivent être respectés même si on ne peut dire qu'ils représentent les «moyens les moins envahissants». À mon avis, l'arrêt *Irwin Toy* n'affirme pas la proposition selon laquelle, quand il s'agit de soulever l'objectif gouvernemental et le droit garanti au

different levels of scrutiny may be applied depending upon the nature of the right. The prerequisite for the exception to the minimal impairment test in *Oakes*, as I understand *Irwin Toy*, is that the guaranteed right of different groups of citizens cannot be fully respected; to respect to the full the right of one group will necessarily involve an infringement upon the right of the other. In such a circumstance *Irwin Toy* holds that it is appropriate for the government to fashion a compromise on the basis of policy considerations.

In *Irwin Toy* the Court went on to contrast the "competing claims" situation with the situation in which no exception to the strict test in *Oakes* should be permitted. Lamer J. (as he then was) concurred in the following passage appearing at p. 994 of the majority opinion. It seems apposite to the case at bar:

In other cases, however, rather than mediating between different groups, the government is best characterized as the singular antagonist of the individual whose right has been infringed. For example, in justifying an infringement of legal rights enshrined in ss. 7 to 14 of the *Charter*, the state, on behalf of the whole community, typically will assert its responsibility for prosecuting crime whereas the individual will assert the paramouncy of principles of fundamental justice. There might not be any further competing claims among different groups. In such circumstances, and indeed whenever the government's purpose relates to maintaining the authority and impartiality of the judicial system, the courts can assess with some certainty whether the "least drastic means" for achieving the purpose have been chosen, especially given their accumulated experience in dealing with such questions . . . [Emphasis added.]

I re-emphasized this distinction in *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, at pp. 1515-16:

In coming to this conclusion I am not unmindful of the comments of La Forest J. that a flexible approach should be taken in some cases to the proportionality test in *R. v. Oakes*. However, this does not seem to me to be one of those cases. It is one thing to temper scrutiny of legislation and relax the general approach to "fine tuning" when dealing with alternate forms of business regulation (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, *per* Dickson C.J., at p. 772) and

citoyen, en vertu de l'article premier, différents degrés d'examen peuvent être appliqués selon la nature du droit. La condition préalable à l'exception au critère de l'atteinte minimale selon *Oakes* est que le droit garanti à divers groupes de citoyens, selon *Irwin Toy*, ne peut être pleinement respecté. Afin de respecter pleinement le droit d'un groupe il faut nécessairement porter atteinte au droit d'un autre groupe. Dans ce cas, l'arrêt *Irwin Toy* dit qu'il convient que le gouvernement trouve une solution de compromis sur le fondement de considération de politique.

Dans *Irwin Toy*, notre Cour a ensuite distingué les cas des «revendications opposées» des cas où ne peut être autorisée aucune exception au critère rigoureux de l'arrêt *Oakes*. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a souscrit au passage suivant des motifs de la majorité (p. 994). Il semble s'appliquer en l'espèce:

Il arrive parfois qu'au lieu d'arbitrer entre des groupes différents, le gouvernement devienne plutôt ce qu'on pourrait appeler l'adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé. Par exemple, pour justifier une atteinte à des droits consacrés par les art. 7 à 14 de la *Charte*, l'État fera valoir, au nom de toute la société, sa responsabilité de poursuivre les criminels alors que la personne fera valoir le caractère prépondérant des principes de justice fondamentale. Il est possible qu'il n'y ait pas de demandes contradictoires venant de différents groupes. Dans de tels cas, et d'ailleurs chaque fois que l'objet du gouvernement se rapporte au maintien de l'autorité et de l'impartialité du système judiciaire, les tribunaux peuvent décider avec un certain degré de certitude si les [TRADUCTION] «moyens les moins radicaux» ont été choisis pour parvenir à l'objectif compte tenu de la somme d'expérience acquise dans le règlement de ces questions . . . [Je souligne.]

J'ai de nouveau signalé cette distinction dans l'affaire *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1515 et 1516:

En arrivant à cette conclusion je n'oublie pas les commentaires du juge La Forest portant qu'il faut adopter dans certains cas une interprétation souple du critère de proportionnalité de l'arrêt *R. c. Oakes*. Cependant, cela ne me semble pas être un de ces cas. C'est une chose que d'être moins strict dans l'examen d'une disposition législative et d'assouplir la façon générale d'aborder l'«ajustement parfait» dans le cas d'autres formes de réglementation commerciale (voir *R. c. Edwards Books*

another thing entirely to abandon careful scrutiny of a legislative scheme which directly abridges a guaranteed right particularly in relation to an aspect of the criminal law. [Emphasis added.]

In my view, this is not a situation calling for a departure from the strict standard of review set forth in *Oakes*. On the contrary, the issue on appeal seems to be the quintessential case of the state acting as the “singular antagonist” of a very basic legal right of the accused rather than in the role of “mediating between different groups” as discussed in *Irwin Toy*. This is, in my view, an appropriate case in which to apply the stricter standard of review on the “minimal impairment” issue.

The appellants submit that the government’s objective can be met by imposing only an evidentiary burden on the accused and they cite the American experience in support. I agree that the American experience is relevant to the minimal impairment issue as well as to the existence of a pressing and substantial concern because a substantial number of states have the lesser requirement that once the issue of insanity is put into play by the accused, the prosecution must prove his or her sanity beyond a reasonable doubt: 24 states as of 1983: see American Bar Association’s *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*, op. cit., at p. 292. This is also the rule which has governed all federal crimes in the United States ever since the *Davis* case.

As mentioned earlier, the U.S. Supreme Court specifically rejected in *Davis* the argument that insanity is a fairly easy condition to feign or simulate and that “[m]erely doubtful evidence of insanity would fill the land with acquitted criminals”. The case made by Harlan J., speaking for the unanimous court, may have become even stronger as the state of psychological and psychiatric knowledge has increased. The argument is sometimes advanced that feigning insanity is easy but in fact it appears that nothing is further from the truth. As the body of scientific and diagnostic

and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson à la p. 772), et c’est une toute autre chose que de ne pas examiner attentivement un programme législatif qui restreint directement un droit garanti, particulièrement s’il est lié à un aspect du droit criminel. [Je souligne.]

À mon avis, il ne s’agit pas ici d’une situation qui commande que l’on déroge de la norme de contrôle rigoureux qu’énonce l’arrêt *Oakes*. Au contraire, la question qui fait l’objet du pourvoi semble le cas par excellence où l’État joue le rôle «d’adversaire singulier» d’un droit très fondamental de l’accusé plutôt que «d’arbitre[...] des revendications contraires», aux termes de l’arrêt *Irwin Toy*. Selon moi, il s’agit ici d’une affaire où il convient d’appliquer une norme plus rigoureuse de contrôle quant à l’aspect «atteinte minimale».

Les appellants soutiennent que l’objectif du gouvernement peut être atteint en n’imposant qu’une charge de présentation à l’accusé et ils invoquent l’expérience américaine pour étayer leur allévation. Je suis d’accord que l’expérience américaine est pertinente tant en ce qui concerne l’atteinte minimale qu’à l’égard de l’existence d’une préoccupation urgente et réelle. En effet de nombreux États prévoient le fardeau plus léger selon lequel le fait pour la défense de mettre en jeu la question de l’aliénation mentale oblige la poursuite à prouver hors de tout doute raisonnable que l’accusé était sain d’esprit: en 1983, 24 États en disposaient ainsi: voir le *First Tentative Draft: Criminal Justice Mental Health Standards*, op. cit., de l’American Bar Association, à la p. 292. C’est également la règle qui régit tout le droit pénal fédéral aux États-Unis depuis l’affaire *Davis*.

Comme nous l’avons déjà signalé, la Cour suprême des États-Unis a expressément rejeté dans l’affaire *Davis* l’argument selon lequel l’aliénation mentale était relativement facile à simuler et que «une preuve douteuse d’aliénation mentale ferait déferler sur le pays une vague de criminels acquittés». L’argument du juge Harlan, au nom d’une cour unanime, est peut-être encore plus fort du fait de l’approfondissement des connaissances en psychologie et en psychiatrie. On prétend parfois qu’il est facile de feindre la maladie mentale mais il semble que cela ne soit pas vrai. À mesure que se

knowledge about mental illness develops and is consolidated by interdisciplinary research, the disease becomes more and more clearly defined. As Professor Weihofen stated in *Mental Disorder as a Criminal Defense* (1954), at p. 46:

Actually, it would in most cases be extremely difficult for an imposter to mislead a competent psychiatrist....

The ordinary malinger does not realize that the various forms of mental disorder have their characteristic symptoms, and that displaying a hodge-podge of symptoms will not only fail to convince, but will rather clearly reveal his malingering.

He does, however, caution that in order to arrive at an accurate diagnosis of malingering in difficult cases, some opportunity for examination and observation by impartial experts should be put in place. Nevertheless, we can say as a general rule that, everything else being equal, as scientific knowledge about mental illness increases the possibility of a successful feigned insanity plea diminishes.

Assuming for the moment that the standard of proof on the accused is reduced to a purely evidentiary burden, what is the burden on the prosecution? Lamer C.J. has characterized it at pp. 1340 and 1337 as the "impossible burden... of proving an accused's sanity in order to secure a conviction". (Emphasis added.)

As already mentioned, I believe that the Chief Justice has overstated the burden that would lie on the Crown in the absence of s. 16(4). If the plea of insanity pursuant to s. 16 of the *Code* is viewed as a defence or a justification or excuse, then the procedure set forth by Dickson C.J. in *R. v. Holmes, supra*, would govern. He said at p. 935:

The basic principle of the common law has been that the accused need not prove a defence. Once an accused raises the possibility that a defence exists, whether by pointing to some fact in the Crown evidence or by leading defence evidence, the Crown is required to dis-

développent les connaissances scientifiques et les habilités diagnostiques en matière de maladie mentale et à mesure que ces connaissances sont raffermies par une recherche interdisciplinaire, la maladie est de plus en plus clairement définie. Comme le déclare le professeur Weihofen dans l'ouvrage *Mental Disorder as a Criminal Defense* (1954), à la p. 46:

[TRANSCRIPTION] De fait, dans la plupart des cas, il serait très difficile pour un imposteur de tromper un psychiatre compétent...

Le simulateur moyen ne se rend pas compte que les diverses formes de maladie mentale ont leurs symptômes caractéristiques et que le fait de manifester un mélange de symptômes non seulement ne convaincra pas le psychiatre mais dévoilera à ce dernier la simulation.

Il signale, toutefois, qu'il est nécessaire pour déceler la simulation dans des affaires difficiles, de permettre des examens et des observations par des experts impartiaux. Néanmoins, on peut affirmer qu'en règle générale, toutes choses étant égales par ailleurs, qu'à mesure qu'augmente la connaissance scientifique de la maladie mentale, la possibilité de simuler avec succès une défense d'aliénation mentale diminue.

En présumant pour les fins de la discussion que le fardeau de la preuve qui incombe à l'accusé est réduite à la seule obligation de présentation, quel fardeau incombe à la poursuite? Le juge en chef Lamer l'a qualifié, aux pp. 1340 et 1337, de «fardeau quasi impossible [...] de prouver que l'accusé est sain d'esprit, de façon à ce qu'on puisse le trouver coupable». (Je souligne.)

Comme je l'ai déjà dit, je crois que le Juge en chef a exagéré la lourdeur du fardeau qui incomberait à la Couronne en l'absence du par. 16(4). Si l'on considérait le plaidoyer d'aliénation mentale aux termes de l'art. 16 du *Code* comme une défense, une justification ou une excuse la procédure exposée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Holmes*, précité, s'appliquerait. Il a déclaré à la p. 935:

Selon le principe fondamental de la *common law*, l'accusé n'est pas tenu de prouver une défense. Dès qu'un accusé soulève la possibilité de l'existence d'une défense, que ce soit en utilisant certains faits de la preuve à charge ou en présentant une preuve en défense,

prove the defence beyond a reasonable doubt. The common law has not distinguished in this area between defences that challenge the existence of a necessary element of the offence and those defences that admit the *mens rea* and *actus reus* but avoid criminal liability because of circumstances that excuse or justify the conduct. [Emphasis added.]

In the absence of s. 16(4) the onus would still be on the accused to adduce evidence that makes insanity “a live issue fit and proper to be left to the jury” (*R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166, at p. 172). The burden on the Crown would then be to remove any doubt raised by the accused in the jury’s mind as to the presence of any of the elements of insanity as set out in ss. 16(2) and 16(3).

Chief Justice Lamer acknowledges that the insanity defence is invoked infrequently given the significant constraint on liberty that follows a successful plea. Nevertheless, he is of the view that it would be invoked more often if the standard of proof were lowered to a purely evidentiary burden on the accused. There is no support for this proposition and the experience in the United States seems to be to the contrary. This is not surprising since a successful insanity plea is not an open door to freedom. It is a mandate for confinement in an appropriate institution for treatment rather than confinement simpliciter. The mean length of time of LGW detentions is six years and four months: see Hodgins et al., *op. cit.*, Table 5. Moreover, the principle already stated that it is better that a guilty person be found not guilty by reason of insanity and committed for psychiatric treatment than that an insane person be convicted of a crime is, in my view, fully in keeping with both *Charter* values and the most basic tenets of our criminal justice system.

For these reasons, I am not persuaded that s. 16(4) impairs the accused’s right to be presumed innocent as little as is reasonably possible. Rather, I am of the view that the government’s objective

la poursuite est tenue de réfuter la défense hors de tout doute raisonnable. La *common law* ne fait pas de distinction dans ce domaine entre les défenses qui contestent l’existence d’un élément nécessaire de l’infraction et celles qui admettent la *mens rea* et l’*actus reus*, mais nient la responsabilité criminelle à cause de circonstances qui excusent ou justifient la conduite. [Je souligne.]

En l’absence du par. 16(4) il incomberait toujours à l’accusé de présenter des éléments de preuve pour faire de l’aliénation mentale [TRADUCTION] «une question réelle dont il convient de saisir le jury» (*R. v. Gill* (1963), 47 Cr. App. R. 166, à la p. 172). Le fardeau incombant alors au ministère public serait de dissiper tout doute qui aurait été suscité dans l’esprit du jury par la présence possible de quelque élément d’aliénation mentale, aux termes des par. 16(2) et (3).

Le juge en chef Lamer reconnaît que la défense d’aliénation mentale est rarement invoquée, étant donné la privation de liberté qu’entraîne la réussite de cette défense. Néanmoins, il est d’avis que la défense serait invoquée plus souvent si la norme de preuve était moins rigoureuse, au point de n’imposer à l’accusé qu’une charge de présentation. Rien n’étaye cette hypothèse et l’expérience des États-Unis semble indiquer un résultat contraire. Cela n’est pas surprenant puisqu’un plaidoyer d’aliénation mentale qui est retenu n’ouvre pas la porte vers la liberté. Il est en réalité un mandat de détention dans une institution spécialisée aux fins de traitement et non une incarcération proprement dite. Le temps moyen de détention sur mandat du lieutenant-gouverneur est en moyenne de 6 ans et 4 mois: voir Hodgins et autres, *op. cit.*, Tableau 5. De plus, le principe mentionné précédemment selon lequel il vaut mieux déclarer un coupable non coupable pour cause d’aliénation mentale et l’interner pour des traitements psychiatriques que de condamner un aliéné mental pour un crime est pleinement conforme à la fois aux valeurs de la *Charte* et aux principes les plus fondamentaux de notre système de justice pénale.

Pour ces raisons, je ne suis pas convaincue que le par. 16(4) porte atteinte le moins possible au droit de l’accusé d’être présumé innocent. Je suis plutôt d’avis que les objectifs étatiques seraient tout aussi

could be quite readily met by imposing a purely evidentiary burden on the accused. The infringement on s. 11(d) of the *Charter* resulting from s. 16(4) is accordingly not saved by s. 1.

While striking down s. 16(4) may represent a substantial departure from our criminal law tradition, I believe that it is necessitated by the expansive reading this Court gave to s. 11(d) of the *Charter* in *Whyte* and by the absence of any hard evidence to show that the provision constitutes a reasonable and demonstrably justified limit under s. 1.

It follows, of course, from the above analysis that the common law principle which is reflected in s. 16(4) also infringes s. 11(d) and is not saved by s. 1.

Morally or Legally Wrong: s. 16(2)

On the issue of whether the word "wrong" in s. 16(2) of the *Code* should be interpreted narrowly as meaning "legally wrong" or more broadly as meaning "morally wrong", I agree with the Chief Justice that the word is properly construed as "morally wrong".

Specific Delusions: s. 16(3)

On the issue of "specific delusions" under s. 16(3) of the *Code*, while I agree with the Chief Justice that most cases of specific delusions will now be caught under the second branch of s. 16(2), I am reluctant to adopt his statement that "there can be no doubt that any successful attempt to invoke the insanity defence under s. 16(3) would also succeed under s. 16(2)" (p. 1361). I am concerned that there may be "specific delusions" which are not necessarily attributable to "disease of the mind". I note that in *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, this Court accepted (without comment) the trial judge's conclusion that the specific delusion from which the accused was suffering in that case constituted "disease of the mind" within the meaning of s. 16(2). That case is not, however, authority for the broader proposition that every specific delusion necessarily stems from disease of

bien atteints en imposant à l'accusé une charge de preuve qui ne comporte que l'obligation de présentation. L'atteinte à l'al. 11d) de la *Charte* qui résulte du par. 16(4) n'est par conséquent pas ^a bonifiée par l'article premier.

Bien que le fait d'annuler le par. 16(4) constitue une dérogation importante à notre tradition en droit pénal, je crois que cette dérogation est commandée par l'interprétation large que notre Cour a donnée à l'al. 11d) de la *Charte* dans l'arrêt *Whyte* et par l'absence de toute preuve factuelle démontrant que la disposition constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer aux ^c termes de l'article premier.

Il découle, naturellement, de l'analyse plus haut que le principe de common law que reflète le par. 16(4) porte également atteinte à l'al. 11d) et n'est ^d pas sauvé par l'article premier.

Moralement ou légalement mauvais: par. 16(2)

En ce qui concerne la question de savoir si le mot «mauvais» au par. 16(2) du *Code* doit s'interpréter étroitement au sens de «légalement mauvais» ou de façon plus large au sens de «moralement mauvais», je souscris à l'opinion du Juge en chef que l'interprétation juste de ce terme est ^f «moralement mauvais».

Idées délirantes sur un point particulier: par. 16(3)

En ce qui concerne la question des «idées délirantes sur un point particulier» en vertu du par. 16(3) du *Code*, bien que je partage l'avis du Juge en chef que dans la plupart des cas les idées délirantes sur un point particulier relèveront maintenant de la seconde condition du par. 16(2), j'hésite à souscrire à son affirmation selon laquelle «il n'y a aucun doute qu'une défense d'aliénation mentale qui réussirait en vertu du par. 16(3) réussirait également en vertu du par. 16(2)» (p. 1361). Je ne suis pas certaine qu'il ne pourrait pas y avoir des «idées délirantes sur un point particulier» imputables à des causes autres que la «maladie mentale». Notre Cour, dans l'affaire *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, a accepté (sans commentaire) la conclusion du juge de première instance que l'idée délirante sur un point particulier qu'avait l'accusé dans cette affaire constituait une «maladie

the mind. Since legislative provisions should not readily be held to be redundant, particularly ones which are favourable to the accused, I would prefer to leave s. 16(3) open to an accused who might not qualify for the insanity defence under the second branch of s. 16(2).

Splitting the Case

I agree with Lamer C.J. that no issue of the Crown splitting its case arises here and that the evidence adduced to rebut the defence of insanity was properly admitted by the trial judge.

Disposition

I would allow the appeal and order a new trial to be conducted on the basis of the legal principles set out above. I would answer the constitutional questions set by Dickson C.J. as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting)—This case raises fundamental questions relating to the presumption of sanity in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. First, does the presumption of sanity offend the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Second, how should the definition of insanity in s. 16(2) of the *Code* be interpreted: when the *Code* speaks of "knowing that an act or omission is wrong", does it mean legally "wrong" or morally

mentale» au sens du par. 16(2). Cet arrêt, cependant, n'appuie pas l'énoncé plus général selon lequel toutes les idées délirantes sur un point particulier sont imputables à une maladie mentale.

a Puisqu'on ne doit pas conclure trop aisément à la redondance des dispositions légales, notamment celles qui favorisent l'accusé, je préfère ne pas fermer la porte à un accusé qui pourrait invoquer le par. 16(3), alors qu'il ne remplit pas la deuxième condition que prévoit le par. 16(2) pour invoquer la défense d'aliénation mentale.

Fractionnement de la preuve

c Je partage l'avis du juge en chef Lamer que l'affaire ne soulève pas la question de la scission de la preuve de la Couronne et que le juge de première instance a régulièrement reçu la preuve présentée pour réfuter la défense d'aliénation mentale.

Dispositif

J'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais un nouveau procès à tenir sous le régime des principes juridiques énoncés plus haut. Je réponds aux questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Dickson comme suit:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

h Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

i LE JUGE MCLACHLIN (dissidente)—La présente affaire soulève des questions fondamentales concernant la présomption que chacun est sain d'esprit selon le *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Tout d'abord cette présomption contrevient-elle à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, comment doit-on interpréter la définition de l'aliénation mentale au par. 16(2) du *Code*: quand le *Code* dit «savoir qu'un acte ou

“wrong”? I respectfully disagree with Lamer C.J. and Wilson J. on each of these issues.

Is s. 16(4) of the Code Inconsistent with s. 11(d) of the Charter?

Construction of s. 16 of the Criminal Code

The question posed is whether s. 16(4) of the *Criminal Code*, which provides that every one is presumed sane until the contrary is proved, is invalid because it infringes the presumption of innocence found in s. 11(d) of the *Charter*.

The problem can be approached in two different ways. The first option is to treat sanity for the purposes of analysis as relating to an essential element of a criminal offence or to an exculpatory defence: Colvin, “Exculpatory Defences in Criminal Law” (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, at p. 394. This approach inexorably leads, as the Chief Justice’s reasons demonstrate, to the conclusion that the presumption of sanity infringes s. 11(d) of the *Charter*. The question then becomes whether it is justified under s. 1 of the *Charter*.

The second option sees sanity as relevant, not to the essential elements of or exculpatory defences to a criminal offence, but rather as the basic pre-condition of criminal responsibility. On this view, the question of sanity relates not to guilt or innocence, but to the more fundamental issue of whether the accused can fairly be held criminally responsible for his or her acts or omissions.

Professor Alan Mewett identifies these alternate approaches to the problem in “Insanity, Criminal Law and the Charter” (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241. He states, at p. 241:

One assumes that it will not be difficult to uphold the validity of [the presumption of sanity] either by using s. 1 of the Charter, it being impossible to prove sanity, or simply because the issue of insanity arises at a tangent to the basic principles of criminal liability and does not

une omission est mauvais», s’agit-il de «mauvais» au sens juridique ou «mauvais» au sens moral? Avec égards, je suis en désaccord avec le juge en chef Lamer et avec le juge Wilson sur chacun de ces points.

Le paragraphe 16(4) du Code est-il incompatible avec l’al. 11d) de la Charte?

Interprétation de l’art. 16 du Code criminel

La question est de savoir si le par. 16(4) du *Code criminel* qui prévoit la présomption selon laquelle chacun est sain d’esprit jusqu’à preuve du contraire est invalide parce qu’il viole la présomption d’innocence énoncée à l’al. 11d) de la *Charte*.

On peut aborder la question de deux manières. La première est de considérer aux fins de l’analyse que la santé mentale se rattache à un élément essentiel d’une infraction criminelle ou à un moyen de défense exonératoire: Colvin, «Exculpatory Defences in Criminal Law» (1990), 10 *Oxford J. Legal Stud.* 381, à la p. 394. Comme le démontrent les motifs du Juge en chef, cette méthode mène inexorablement à la conclusion que la présomption que chacun est sain d’esprit viole l’al. 11d) de la *Charte*. Il faut alors se demander si elle est justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

La deuxième façon est de considérer la question de la santé mentale pertinente, non pas à l’égard des éléments essentiels de l’infraction ou de moyens de défense exonératoires, mais comme la condition préalable fondamentale de la responsabilité criminelle. Selon ce point de vue, la question de la santé mentale se rattache non plus à la culpabilité ou à l’innocence, mais à la question plus fondamentale de savoir s’il est équitable d’imputer à l’accusé la responsabilité criminelle de ses actes ou omissions.

Le professeur Alan Mewett a dégagé trois moyens différents d’aborder le problème dans «Insanity, Criminal Law and the Charter» (1989), 31 *Crim. L.Q.* 241. Il dit ceci à la p. 241:

[TRADUCTION] On peut supposer qu’il ne sera pas difficile de maintenir la validité de [la présomption que chacun est sain d’esprit] soit par le recours à l’article premier de la Charte, car il est impossible de prouver la santé mentale, soit par la simple raison que la question

affect the prosecution's burden to prove beyond a reasonable doubt everything that constitutes guilt.

Lamer C.J. takes the view that the presumption of sanity in s. 16(4) violates the presumption of innocence found in s. 11(d) but that, as Professor Mewett suggests, the provision is saved under s. 1 of the *Charter*. I, on the other hand, favour the alternative route identified by Professor Mewett: because the question of insanity "arises at a tangent to the basic principles of criminal liability", the presumption found in s. 16(4) does not offend s. 11(d) of the *Charter*. In my opinion, this approach best accords with the rationale underlying the insanity provisions of our criminal law as well as the wording of s. 16 of the *Criminal Code*.

The Underlying Rationale

I turn first to the rationale underlying the insanity provisions in the criminal law.

At the heart of our criminal law system is the cardinal assumption that human beings are rational and autonomous: G. Ferguson, "A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence" (1989), 14 *Queen's L.J.* 135, at p. 140. This is the fundamental condition upon which criminal responsibility reposes. Individuals have the capacity to reason right from wrong, and thus to choose between right and wrong. Ferguson continues (at p. 140):

It is these dual capacities — reason and choice — which give moral justification to imposing criminal responsibility and punishment on offenders. If a person can reason right from wrong and has the ability to choose right or wrong, then attribution of responsibility and punishment is morally justified or deserved when that person consciously chooses wrong.

The requirement of moral blameworthiness for attribution of responsibility and punishment dates back to the origins of western ethical and legal thought: I. Keilitz and J. P. Fulton, *The Insanity Defense and its Alternatives: A Guide for Policy-*

de l'aliénation est soulevée par le biais des principes de base en matière de responsabilité criminelle et n'affecte pas l'obligation pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable tout ce qui constitue la culpabilité.

^a Le juge en chef Lamer estime que la présomption du par. 16(4) selon laquelle chacun est sain d'esprit, viole la présomption d'innocence de l'al. 11d) mais que, comme l'indique le professeur Mewett, la disposition est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Pour ma part, je préfère l'autre démarche décrite par le professeur Mewett: puisque la question de l'aliénation mentale «est soulevée par le biais des principes de base en matière de responsabilité criminelle», la présomption énoncée au par. 16(4) ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte*. À mon avis, cette démarche est celle qui concorde le mieux avec la raison d'être des dispositions sur l'aliénation mentale de notre droit pénal et avec le libellé de l'art. 16 du *Code criminel*.

La raison d'être

^e J'aborde en premier la raison d'être des dispositions pénales concernant l'aliénation mentale.

Au cœur même de notre système pénal on trouve le postulat cardinal selon lequel les êtres humains sont doués de raison et sont autonomes: G. Ferguson, «A Critique of Proposals to Reform the Insanity Defence» (1989), 14 *Queen's L.J.* 135, à la p. 140. C'est la condition fondamentale de la responsabilité pénale. Les personnes ont la capacité de distinguer par la raison le bien du mal et donc la capacité de choisir entre le bien et le mal. Ferguson poursuit (à la p. 140):

[TRADUCTION] C'est cette double capacité — la raison et le choix — qui constitue la justification morale de l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines aux contrevenants. Si une personne peut distinguer le bien du mal et si elle a la capacité de choisir entre le bien et le mal, alors l'imputation de la responsabilité et l'imposition de peines sont moralement justifiées et méritées quand la personne choisit consciemment le mal.

^j L'exigence du caractère moralement blâmable pour l'attribution de la responsabilité et l'imposition de peines remonte aux origines de la pensée juridique et éthique de l'Occident: I. Keilitz et J. P. Fulton, *The Insanity Defense and its Alternati-*

makers (1984), at p. 5. Aristotle, for example, reasoned that capacity for choice was central to the issue of moral culpability: J. M. Quen, "Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History", in S. J. Hucker, C. D. Webster, M. H. Ben-Aron, eds., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), 1, at p. 1. Where a person lacks this capacity for choice because he or she is not capable of knowing that his or her acts are wrong, the moral justification for attribution of responsibility and punishment will be absent for, as Ferguson, *op. cit.*, observes at p. 140, "It is immoral to punish those who do not have the capacity to reason or to choose right from wrong".

The long history of insanity provisions in Anglo-Canadian criminal law reflects this fundamental nexus between capacity for rational choice and legal blameworthiness. In explaining the rationale underlying the present s. 16 of the *Criminal Code*, the Law Reform Commission of Canada fastened on this consideration (Working Paper 29, *Criminal Law: The General Part — Liability and Defences* (1982), at p. 42):

[T]he defence of insanity rests on the fundamental moral view that insane persons are not responsible for their actions and are not therefore fit subjects for punishment.

Parliament, through s. 16, has defined "fitness for punishment" in terms of capacity for the knowledge of right and wrong rather than volitional impairment (see Ferguson, *op. cit.*, at p. 143).

These then are the historical and philosophical underpinnings of the universal notion that insane persons should not be held criminally responsible for their acts and omissions in the same way that sane persons are. They reflect a fundamental conviction that criminal responsibility is appropriate only where the actor is a discerning moral agent, capable of making choices between right and wrong. This is the fundamental pre-condition for imposition of criminal liability.

ves: A Guide for Policymakers (1984), à la p. 5. Aristote, par exemple, pense que la capacité de choisir est au cœur même de la question de la culpabilité morale: J. M. Quen, «Anglo-American Concepts of Criminal Responsibility: A Brief History», dans S. J. Hucker, C. D. Webster, M. H. Ben-Aron, éd., *Mental Disorder and Criminal Responsibility* (1981), 1, à la p. 1. Quand une personne n'a pas la capacité de choisir, parce qu'elle n'est pas capable de savoir que ses actes sont mauvais, la justification morale de l'imputation de responsabilité et de l'imposition de peines disparaît car, comme Ferguson, *loc. cit.*, le fait observer à la p. 140: [TRADUCTION] «Il est immoral de punir ceux qui ne sont pas capables de raisonner ou de choisir entre le bien et le mal».

La longue histoire des dispositions relatives à l'aliénation mentale en droit anglo-canadien montre bien le lien de connexité fondamentale entre la capacité de faire un choix rationnel et l'imputation légale de blâme. Expliquant la raison d'être de l'art. 16 actuel du *Code criminel*, la Commission de réforme du droit du Canada s'est fondée sur le postulat suivant (Document de travail 29, *Droit pénal: Partie générale — Responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 45):

[L]e moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale tire sa source du principe moral fondamental selon lequel l'aliéné n'est pas responsable de ses actes et ne peut, par conséquent, être puni pour les avoir commis.

Le Parlement, par l'art. 16, définit la possibilité d'être puni en termes de capacité de distinguer entre le bien et le mal plutôt qu'en termes d'affaiblissement de la volonté (voir Ferguson, *loc. cit.*, à la p. 143).

Telles sont donc les assises historiques et philosophiques de l'idée que l'aliéné mental ne devrait pas être tenu criminellement responsable de ses actes ou de ses omissions comme le serait la personne saine d'esprit. Elles traduisent la conviction fondamentale que la responsabilité criminelle n'est appropriée que lorsque l'agent est une personne douée de discernement moral, capable de choisir entre le bien et le mal. Telle est donc la condition préalable et fondamentale de l'imputation de la responsabilité pénale.

The existence of sanity as the fundamental precondition of criminal responsibility is not negated by the fact that insanity may also be seen as relevant to the question of whether the essential elements of a criminal offence have been established or whether an exculpatory defence is raised. As Lamer C.J. points out, insanity may be seen as negating the *mens rea* of the offence or the presence of a voluntary, conscious act, required for the *actus reus* of the offence: see, for example, *Rabey v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 513. Similarly, insanity might be relevant to an exculpatory defence in the nature of an excuse or justification, such as provocation or self-defence. But it does not follow from the fact that insanity may be relevant to the elements of a criminal offence or to defences, that it should be regarded as only relevant to the essential elements of, or exculpatory defences to, criminal offences, or that s. 16 of the *Criminal Code* should be read as focussing on them. The fact that insanity might be relevant to these matters does not preclude the notion honoured from Aristotle's time to the present that the question of guilt or innocence arises only where the actor is a sane, responsible agent capable of discerning right and wrong.

This point is made by Mewett and Manning, *Criminal Law* (2nd ed. 1985), who specifically counsel against viewing the insanity provisions of the *Criminal Code* merely in terms of the essential elements of, or exculpatory defences to, an offence (at pp. 254-55):

A problem arises if one attempts to fit insanity into the confining limits of *actus reus* and *mens rea*. While insanity may negative either *actus reus* or *mens rea*, it is suggested that this fact is merely incidental to the scope of the issue which, put shortly, states that whether or not the *actus reus* and *mens rea* are affected, a person within s. 16 is entitled to be acquitted.

The Language of s. 16

Having established that the underlying rationale of our insanity provisions is the broad concept that criminal responsibility should be confined to per-

Le fait que la santé mentale soit une condition préalable et fondamentale de la responsabilité pénale n'est pas contredit par le fait que l'aliénation mentale puisse aussi être jugée pertinente lorsqu'il faut décider si les éléments essentiels de l'infraction criminelle ont été établis ou s'il existe un moyen de défense exonératoire. Comme le fait observer le juge en chef Lamer, on peut considérer que l'aliénation mentale nie la *mens rea* de l'infraction ou la présence d'un acte volontaire et conscient exigé pour l'*actus reus* de l'infraction: voir par exemple, *Rabey c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 513. De même l'aliénation mentale peut être pertinente à l'égard d'un moyen de défense exonératoire de la nature d'une excuse ou d'une justification, telles la provocation ou la légitime défense. Mais le fait que l'aliénation mentale puisse être pertinente à l'égard des éléments d'une infraction criminelle ou des moyens de défense ne signifie pas qu'elle doit être considérée comme pertinente à leur égard seulement ou que l'art. 16 du *Code criminel* soit axé sur eux. Le fait que l'aliénation mentale pourrait être pertinente à ces questions n'élimine pas l'idée acceptée depuis l'époque d'Aristote que la question de la culpabilité ou de l'innocence ne se pose que lorsque l'agent est sain d'esprit, responsable et capable de discerner le bien et le mal.

Ce point est souligné par Mewett et Manning, *Criminal Law* (2^e éd. 1985) qui mettent spécifiquement en garde contre l'examen des dispositions pénales du *Code criminel* relatives à l'aliénation mentale uniquement en fonction des éléments essentiels d'une infraction ou de moyens de défense exonératoires (aux pp. 254 et 255):

[TRADUCTION] Un problème surgit quand on tente de confiner l'aliénation mentale aux limites restreintes de l'*actus reus* et de la *mens rea*. Si l'aliénation mentale peut neutraliser l'*actus reus* ou la *mens rea*, ce fait est purement accessoire, nous dit-on, au principe selon lequel, en résumé, une personne remplissant les conditions de l'art. 16 a droit à l'acquiescement, que soient ou non touchés l'*actus reus* et la *mens rea*.

Le libellé de l'art. 16

Ayant établi que la justification des dispositions pénales en matière d'aliénation mentale tient à l'idée générale selon laquelle seules les personnes

sons capable of discerning between right and wrong, I turn to s. 16 of the *Code* itself. In my view, an examination of the wording and functioning of s. 16 confirms that it should be read as relating to this fundamental pre-condition for the assignment of criminal responsibility rather than to the elements of an offence or to particular defences.

The language of the *Code* makes it clear that s. 16 is concerned only with capacity for criminal responsibility. Section 16(2) provides that a person is insane when, due to disease of the mind, the person is incapable of appreciating the nature or quality of an act or omission or of knowing that an act or omission is wrong. As Mewett and Manning point out at p. 234, the proper inquiry is thus not into what the accused actually appreciated but, rather, into what the accused's capacity was.

[I]n insanity the ultimate question is the accused's capacity — it is not concerned with what he actually appreciated and is thus not concerned with actual *mens rea* or actual *actus reus*. Insanity is a defence because it affects the capacity of the accused.

By contrast, insanity as it relates to the essential elements of an offence or defences to it, on the other hand, is concerned not with capacity, but with the actual state of mind of the accused. To focus on insanity as somehow denying an essential element of the offence or establishing a defence is to fail to appreciate the proper operation of the insanity provisions found in s. 16 of the *Code*. It confounds the question of capacity for criminal responsibility with the quite different question of what the accused actually appreciated.

It is true, of course, that an accused who does not have the capacity to appreciate something cannot have appreciated it; the point, however, is that the insanity inquiry never looks beyond capacity to actual *mens rea* or *actus reus*. For practical purposes, where insanity becomes an issue at trial, there will be objective evidence from which, absent the claim of insanity under s. 16 of

capables de discerner le bien et le mal peuvent être criminellement responsables, j'en viens à l'art. 16 du *Code* lui-même. À mon avis, le libellé et l'économie de l'art. 16 confirment qu'il faut l'interpréter en corrélation avec cette condition préalable et fondamentale à l'imputation de la responsabilité criminelle plutôt qu'en corrélation avec les éléments d'une infraction ou des moyens de défense précis.

Il ressort clairement des termes du *Code* que l'art. 16 vise uniquement la capacité d'être tenu criminellement responsable. Le paragraphe 16(2) prévoit qu'une personne est aliénée lorsque, en raison d'une maladie mentale elle est incapable de juger la nature ou la qualité d'un acte ou d'une omission, ou de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais. Comme le soulignent Mewett et Manning (à la p. 234) il ne faut pas se demander ce que l'accusé a réellement jugé, mais plutôt quelle était sa capacité de juger.

[TRADUCTION] [E]n matière d'aliénation mentale, la question déterminante est la capacité de l'accusé — il ne s'agit pas de ce qu'il a réellement jugé et il ne s'agit donc pas de la *mens rea* réelle ni de l'*actus reus* réel. L'aliénation mentale est une défense parce qu'elle affecte la capacité de l'accusé.

Par contre, l'aliénation mentale en ce qu'elle se rapporte aux éléments essentiels d'une infraction ou aux défenses opposables concerne non pas la capacité mais l'état d'esprit réel de l'accusé. Une analyse axée sur l'idée que, d'une manière ou d'une autre, l'aliénation mentale neutralise un élément essentiel de l'infraction ou fournit une défense ne tient pas compte du fonctionnement approprié des dispositions de l'art. 16 du *Code* sur l'aliénation mentale. Elle confond en effet la question de la capacité d'être tenu criminellement responsable et la question très différente de ce que l'accusé a réellement jugé.

Il est vrai bien sûr qu'un accusé qui n'a pas la capacité de juger une chose ne peut l'avoir jugée; le fait est toutefois que l'examen de l'aliénation mentale ne porte jamais plus loin que la capacité pour englober la *mens rea* réelle ou l'*actus reus* réel. À toutes fins pratiques, quand se pose la question de l'aliénation mentale au procès, il existe une preuve objective à partir de laquelle, indépen-

the *Code*, the trier of fact will be justified in inferring the existence of the essential elements of the offence, i.e., the *actus reus* and *mens rea*. The claim of insanity, however, pre-empts the traditional inference-drawing process on the ground that a person without the capacity for choice as defined in s. 16 of the *Criminal Code* is not morally culpable. Because of lack of capacity, therefore, the issue of *actus reus* and *mens rea* never arises.

This capacity for choice is a fundamental prerequisite to attribution of criminal responsibility and punishment. To limit application of the insanity provisions to situations where mental disorder within s. 16 negatives *mens rea* would fail to accord with this precept; moreover, and importantly, it is not what s. 16 of the *Code* directs. A person can be found insane within s. 16 even where *mens rea* in the strict sense can be inferred. As Ferguson, *op. cit.*, explains, any other approach would be without moral justification (at p. 140):

An insane person, particularly a psychotic person who has delusions, may have *mens rea* in the strict sense, for example, an intent to kill, but it is a *mens rea* concocted in an irrational mind. For one who is insane the normal controls, beliefs and perceptions of reality which influence the right-minded citizen are absent or impaired. Thus the capacity to reason or choose are [*sic*] impaired even though *mens rea* in the narrow sense exists.

This logic is equally applicable to exculpatory defences as to the elements of *mens rea* and *actus reus*. A defence may be defined as "any claim which, if accepted, would necessitate an acquittal": Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), at p. 163. But a successful claim of insanity does not produce an unqualified acquittal. Professor Colvin, in "Exculpatory Defences in Criminal Law", *op. cit.*, makes this point (at p. 392):

When insanity provides an exculpatory defence, the actor remains very much the concern of the criminal law. The insanity rules identify special mental conditions under which persons cannot be expected to ensure that their conduct conforms to the requirements of law;

damment de l'aliénation mentale invoquée en vertu de l'art. 16 du *Code*, le juge des faits est justifié d'inférer l'existence des éléments essentiels de l'infraction, l'*actus reus* et la *mens rea*. La défense d'aliénation mentale fait échec toutefois au processus traditionnel d'inférence puisqu'une personne incapable de faire un choix selon la définition de l'art. 16 du *Code criminel* n'est pas moralement coupable. Vu l'absence de capacité, la question de l'*actus reus* et de la *mens rea* ne se pose jamais.

La capacité de choisir est une condition préalable et fondamentale à l'attribution de la responsabilité et des peines criminelles. Une application des dispositions sur l'aliénation mentale qui serait limitée aux cas où une maladie mentale au sens de l'art. 16 neutralise la *mens rea* ne serait pas conforme avec ce principe; en outre, et, cela vaut d'être souligné, ce n'est pas ce que dit l'art. 16 du *Code*. Une personne peut être jugée aliénée au sens de l'art. 16 même lorsque la *mens rea*, au sens strict, peut être inférée. Comme Ferguson, *loc. cit.*, l'explique, toute autre démarche serait dénuée de justification morale (à la p. 140):

[TRADUCTION] L'aliéné mental, et, en particulier, le psychotique qui a des idées délirantes, peut avoir la *mens rea* au sens strict du terme, comme par exemple l'intention de tuer, mais c'est une *mens rea* concoctée par un esprit irrationnel. Chez l'aliéné mental les contrôles normaux, les croyances et la perception de la réalité qui influent sur le citoyen bien pensant sont soit absents soit affaiblis. La capacité de raisonner ou de choisir est affaiblie même si la *mens rea* au sens étroit existe.

La même logique s'applique aux défenses exonératoires concernant les éléments de *mens rea* et d'*actus reus*. Un moyen de défense peut se définir comme [TRADUCTION] «toute allégation qui, si elle est acceptée, entraîne nécessairement l'acquiescement»: Colvin, *Principles of Criminal Law* (1986), à la p. 163. Cependant l'acceptation d'une prétention d'aliénation mentale n'entraîne pas un acquiescement sans réserve. Le professeur Colvin, dans «Exculpatory Defences in Criminal Law», *loc. cit.*, souligne le point suivant (à la p. 392):

[TRADUCTION] Quand l'aliénation mentale fournit une défense exonératoire, l'agent n'en demeure pas moins sous le coup du droit criminel. Les règles en matière d'aliénation mentale définissent des états mentaux particuliers qui font qu'on ne peut s'attendre que les person-

and therefore the general law of criminal culpability is unsuited. The actor is formally acquitted because mental impairment has made the standard penal sanctions inappropriate. Alternative coercive measures may, however, be taken because of the potential dangerousness of the condition. [Emphasis added.]

A regime which relieves a person from traditional criminal sanction but substitutes alternative coercive measures, as the *Criminal Code* does when a person charged with an indictable offence is found to be insane, is not one which treats insanity as a true exculpatory defence. As Professor Richard Mahoney writes in "The Presumption of Innocence: A New Era" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 1, at p. 14, implicit in the nature of a true defence is the notion that:

... an accused who has a true defence is just as "innocent" as an accused who has not been shown to have committed all the essential elements of the crime charged.

Were insanity under s. 16 of the *Code* a true defence, we would expect that a finding of insanity within the terms of s. 16 of the *Code* would result in the same disposition, from the point of view of the accused, as a finding that the accused has not been shown to have committed the essential elements of the offence. That, of course, is not the case; an accused who is found to be insane within the terms of s. 16 of the *Code* is committed for treatment under a Lieutenant-Governor's warrant. Implicit in this verdict is a determination that while the accused cannot be held morally culpable for his or her conduct, the accused is not absolutely acquitted in the same way as one who either has not been shown to have committed the essential elements of the offence or who does have a true defence.

I do not attach undue significance to the wording of the special verdict — "acquitted on account of insanity" — which s. 614 of the *Criminal Code* directs for persons charged with an indictable offence who are found to be insane within the terms of s. 16 of the *Code*. To refer again to the passage from Professor Colvin quoted above, while

nes atteintes puissent faire en sorte que leur conduite soit conforme aux exigences de la loi. L'agent est acquitté de façon formelle parce que le désordre mental rend inadéquates les sanctions pénales ordinaires. D'autres mesures coercitives peuvent cependant être prises en raison du danger potentiel que comporte cet état mental. [Je souligne.]

Un régime qui dégage une personne de sanctions pénales traditionnelles pour y substituer d'autres mesures coercitives, comme le fait le *Code criminel* quand on constate qu'une personne accusée d'un acte criminel est aliénée, ne traite pas l'aliénation mentale comme une vraie défense exonératoire. Comme le dit le professeur Richard Mahoney dans «The Presumption of Innocence: A New Era» (1988), 67 *R. de B. can.* 1, à la p. 14, une véritable défense comporte implicitement l'idée que:

[TRANSDUCTION] ... un accusé qui invoque un vrai moyen de défense est tout aussi «innocent» qu'un accusé dont on n'a pas démontré qu'il a commis tous les éléments essentiels du crime dont il est accusé.

Si l'aliénation mentale était une véritable défense en vertu de l'art. 16 du *Code*, on pourrait s'attendre à ce que la constatation de l'aliénation mentale au sens de l'art. 16 du *Code* ait le même résultat, du point de vue de l'accusé, que la conclusion selon laquelle il n'a pas été démontré que l'accusé a commis les éléments essentiels de l'infraction. Bien sûr, ce n'est pas le cas: un accusé jugé aliéné mental selon l'art. 16 du *Code* est détenu aux fins de traitement en vertu d'un mandat du lieutenant-gouverneur. Un tel verdict comporte la décision implicite que si l'accusé ne peut être tenu moralement coupable à l'égard de sa conduite, il ne bénéficie pas d'un acquittement complet comme y aurait droit une personne dont on n'a pas démontré qu'elle a commis les éléments essentiels de l'infraction ou qui invoque un véritable moyen de défense.

Je n'attache pas trop d'importance au libellé du verdict spécial — «acquitté pour cause d'aliénation mentale» — qu'impose l'art. 614 du *Code criminel* à l'égard de personnes accusées d'un acte criminel et jugées atteintes d'aliénation mentale au sens de l'art. 16 du *Code*. Pour revenir au passage précité du texte du professeur Colvin, bien que l'aliéné soit

an insane person is “formally acquitted”, “alternative coercive measures” are imposed — namely, potentially indefinite detention under a Lieutenant-Governor’s warrant. To equate an acquittal on account of insanity with an acquittal “on account of innocence” (by which I mean absence of the essential elements of the offence or presence of an exculpatory defence) is to deny the very different consequences which flow from those two verdicts and, in truth, to allow form to triumph over substance.

The conclusion that insanity does not qualify as a defence in the true sense of the term, finds support in the fact that the Crown may lead evidence of insanity, notwithstanding that the accused may have disavowed the claim and subject to a discretion in the trial judge to exclude evidence of insanity when the interests of justice so require: *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (Ont. C.A.); *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176 (Ont. C.A.). This principle reflects the view that insanity is not a defence *per se* but, rather, that sanity is a condition precedent to attribution of criminal responsibility and punishment; the accused must be sane before any consideration of the essential elements of the offence or exculpatory defences becomes relevant.

The place of the insanity provisions of the *Criminal Code* provides further support for the notion that Parliament viewed them as establishing the basic pre-condition for criminal responsibility rather than in terms of specific elements or defences relevant to criminal offences. Section 16 finds itself near the beginning of the *Code*. It may be viewed as logically related to s. 13 of the *Code* which provides that “No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was under the age of twelve years”. In each case, the issue is whether it is fair or just to hold the person in question criminally responsible. In neither case are the elements of the offence or potential defences relevant.

«acquitté de façon formelle», «d’autres mesures coercitives» sont imposées — en l’occurrence la détention de durée indéterminée en vertu d’un mandat du lieutenant-gouverneur. Assimiler l’acquittement pour cause d’aliénation mentale à l’acquittement «pour cause d’innocence» (je veux dire par là l’absence des éléments essentiels de l’infraction ou la présence d’un moyen de défense exonératoire) revient à nier les conséquences très différentes qui résultent de ces deux verdicts et, en vérité, à faire triompher la forme sur le fond.

La conclusion que l’aliénation mentale ne peut être considérée comme une défense au vrai sens du terme est étayée par le fait que le ministère public peut apporter la preuve de l’aliénation mentale, même si l’accusé a nié cette prétention et sous réserve du pouvoir discrétionnaire qu’a le juge du procès d’exclure la preuve de l’aliénation mentale quand les intérêts de la justice l’exigent: *R. v. Simpson* (1977), 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A. Ont.); *R. v. Saxell* (1980), 59 C.C.C. (2d) 176 (C.A. Ont.). Ce principe traduit l’opinion que l’aliénation mentale n’est pas une défense en soi mais que, par contre, la santé mentale est une condition nécessaire à l’imputation de la responsabilité criminelle et à l’imposition de peines; il faut que l’accusé soit sain d’esprit avant que l’examen des éléments essentiels de l’infraction ou des défenses exonératoires puisse avoir une pertinence quelconque.

L’endroit où se trouvent placées dans le *Code criminel* les dispositions relatives à l’aliénation mentale appuie aussi l’idée que le Parlement les considérerait comme définissant les conditions préalables et fondamentales de la responsabilité pénale plutôt qu’en termes d’éléments précis des infractions criminelles ou de moyens de défense pertinents. L’article 16 est près du début du *Code*. On peut logiquement le rattacher à l’art. 13 du *Code* qui dit que «Nul ne peut être déclaré coupable d’une infraction à l’égard d’un acte ou d’une omission de sa part lorsqu’il était âgé de moins de douze ans». Dans l’un et l’autre cas, il s’agit de décider s’il est juste ou équitable de tenir criminellement responsable la personne en cause. Dans ni l’un ni l’autre de ces cas, les éléments de l’infraction ou les moyens de défense possibles n’entrent en jeu.

Finally, if insanity were concerned only with the essential elements of an offence or defences to it, s. 16 would be unnecessary. It would be sufficient to leave it as a matter of evidence to be considered in determining whether the Crown had discharged its burden of proving the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

I arrive then at this conclusion. To conceive the insanity provisions of the *Criminal Code* narrowly in terms of the essential elements of criminal offences or exculpatory defences ignores the historical and philosophical origins of the fundamental precept that sanity is a pre-condition of criminal responsibility. It violates the language of s. 16 of the *Code*, which refers to capacity for criminal responsibility rather than actual states of mind. It is at odds with the fact that insanity in s. 16 can be raised by the Crown in circumstances where neither the elements of the offence nor a defence are at issue. And it confuses true acquittal, the result of the absence of an essential element of an offence or the presence of a defence to it, with formal acquittal coupled with alternative coercive measures because mental impairment renders the imposition of true penal responsibility inappropriate. Rather than straining to confine the insanity provisions in the dual strait-jacket of the "elements" of or "exculpatory defences" to an offence, I prefer to view s. 16 as referring to a more basic precept of the criminal law system — the notion that the attribution of criminal responsibility and punishment is morally and legally justifiable only for those who have the capacity to reason and thus to choose right from wrong.

Section 16 of the Code and the Charter

The next question is whether the presumption of sanity, viewed as the fundamental pre-condition of criminal responsibility, offends the presumption of innocence embodied in s. 11(d) of the *Charter*.

Enfin, si l'aliénation mentale n'intéressait que les éléments essentiels d'une infraction ou des moyens de défense pertinents, l'art. 16 serait inutile. Il suffirait de dire qu'il s'agit d'une question de preuve à considérer pour décider si le ministère public a démontré, comme cela lui incombe, la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable.

Cela m'amène donc à la conclusion suivante. Concevoir les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aliénation mentale de façon restrictive, c'est-à-dire en termes d'éléments essentiels des infractions criminelles ou de défenses exonératoires, c'est faire totalement abstraction des origines historiques et philosophiques du principe fondamental selon lequel la santé mentale est une condition nécessaire de la responsabilité criminelle. Une telle conception fait violence au libellé de l'art. 16 du *Code* qui parle de capacité de responsabilité criminelle plutôt que d'états d'esprit réels. Elle est en conflit avec le fait que le ministère public peut soulever la question de l'aliénation mentale selon l'art. 16 dans des circonstances où n'entrent en jeu ni les éléments d'une infraction ni des moyens de défense pertinents. De plus, elle confond le véritable acquittement qui résulte de l'absence d'un élément essentiel d'une infraction ou de la présence d'un moyen de défense avec l'acquittement formel accompagné de mesures coercitives de rechange dans les cas où le trouble mental ne permet pas l'imposition d'une véritable responsabilité criminelle. Au lieu de s'efforcer de limiter les dispositions relatives à l'aliénation mentale au double carcan des «éléments» et des «défenses exonératoires», je préfère penser, pour ma part, que l'art. 16 renvoie à un principe plus fondamental de notre système de droit pénal, c'est-à-dire l'idée que l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines n'est moralement et juridiquement justifiable que dans les cas de personnes qui ont la capacité de raisonner et donc de choisir entre le bien et le mal.

L'article 16 du Code et de la Charte

Il faut se demander ensuite si la présomption que chacun est sain d'esprit, lorsqu'elle est considérée comme la condition préalable et fondamentale de la responsabilité pénale, viole la présomp-

The answer to this question must be negative. The presumption of innocence found in s. 11(d) of the *Charter* is merely another way of expressing the principle that the Crown must prove an accused's guilt beyond a reasonable doubt. That being the purpose of the presumption of innocence, it follows that the presumption of sanity cannot be contrary to s. 11(d) because, as Professor Mewett observed in the passage set out earlier, the issue of insanity "does not affect the prosecution's burden to prove beyond a reasonable doubt everything that constitutes guilt" (p. 241). The presumption of sanity in s. 16(4) of the *Criminal Code* merely relieves the Crown from establishing that the accused has the capacity for rational choice which makes attribution of criminal responsibility and punishment morally justifiable. The Crown must still prove the guilt of the accused — i.e., the *actus reus*, the *mens rea*, and the absence of exculpatory defences raised on the evidence — beyond a reasonable doubt.

I thus conclude that as a matter of logic, the presumption of sanity does not violate s. 11(d). But given that s. 11(d) reflects the principles of fundamental justice basic to criminal procedure referred to more generally in s. 7, it may not be amiss to consider whether this result will in fact create an injustice. In my view, such evaluation may serve as a useful check in considering the ambit of principles of justice, and is not confined to s. 1.

It is my conclusion that the presumption of sanity, viewed as I have suggested, does not violate the fundamental notion of procedural fairness which underlies the procedural guarantees of the *Charter*, of which s. 11(d) is one. The criminal law, from time immemorial, has presumed that persons are sane and responsible. This presumption reflects the dignity which the law accords to each human being, and avoids the practical difficulties associated with requiring the Crown to prove in each case that the accused was sufficiently sane to

tion d'innocence consacrée par l'al. 11d) de la *Charte*. Il faut répondre par la négative à cette question. La présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte* est simplement un autre moyen d'exprimer le principe selon lequel le ministère public doit prouver la culpabilité de l'accusé au delà de tout doute raisonnable. Puisque tel est le but de la présomption d'innocence, la présomption que chacun est sain d'esprit ne peut être contraire à l'al. 11d) car, comme le professeur Mewett le fait observer dans l'extrait précité, la question de l'aliénation mentale «n'affecte pas l'obligation pour la poursuite de prouver hors de tout doute raisonnable tout ce qui constitue la culpabilité» (p. 241). La présomption que chacun est sain d'esprit, selon le par. 16(4) du *Code*, dégage simplement le ministère public de l'obligation d'établir que l'accusé a la capacité de faire un choix rationnel qui justifie moralement l'imputation de la responsabilité criminelle et l'imposition de peines. Le ministère public doit encore prouver la culpabilité de l'accusé — c'est-à-dire l'*actus reus*, la *mens rea* et l'absence de défenses exonératoires invoquées dans la preuve — hors de tout doute raisonnable.

Je conclus donc que du point de vue de la logique, la présomption que chacun est sain d'esprit ne viole pas l'al. 11d), mais comme l'al. 11d) traduit les principes de justice fondamentale qui sont à la base de la procédure criminelle et dont parle de façon plus générale l'art. 7, il n'est peut-être pas déplacé de se demander si ce résultat créera en fait une injustice. À mon avis, un tel examen peut être une vérification utile quand on considère la portée des principes de justice et il n'est pas limité à l'article premier.

Je conclus que la présomption que chacun est sain d'esprit, considérée comme je le propose ne viole pas la notion fondamentale de l'équité des procédures qui sous-tend les garanties procédurales de la *Charte*, dont l'al. 11d). Le droit pénal — depuis des temps immémoriaux — a présumé que chaque personne est saine d'esprit et responsable. Cette présomption exprime le respect du droit envers la dignité de tous les êtres humains et permet d'éviter les difficultés pratiques associées à l'obligation imposée au ministère public de prouver

justify the imposition of criminal responsibility. The practical and fair approach is to presume sanity and responsibility, subject to certain exceptions — such as juveniles — and subject to the accused's right to rebut the presumption on grounds of insanity. Viewed thus, the provisions of the *Criminal Code* dealing with insanity, far from violating a fundamental principle of justice, reflect the fundamental precepts upon which our legal system and our *Charter* are based.

There is no suggestion that the present system results in injustice. The system as it exists in this country seems to be working well. Indeed, the debate between Lamer C.J. and Wilson J. is not as to whether the present law creates practical injustice which must be remedied, but whether changing the system would create an injustice.

The reality suggested by the Canadian experience is that accused persons appear to have no difficulty establishing insanity on a balance of probabilities where it exists. The diagnosis, depending as it does on the accused's state of mind, is peculiarly within the accused's power. Nor is there any suggestion that accused persons are unable to obtain whatever expert assistance as they may require to establish the plea. These features distinguish the presumption of sanity from the evil of requiring the accused to disprove the elements of an offence, upon which the presumption of innocence rests. A requirement that an accused disprove the elements of the offence, has long and universally been recognized by our legal system as raising a grave danger of injustice; notwithstanding current debate, the same cannot be said of the presumption of sanity.

Put at its most fundamental, the question posed by this case is this: should the presumption of innocence, a fundamental tenet of the criminal law, be extended to negate the equally fundamental principle of criminal law that the accused is

dans chaque cas que l'accusé était assez sain d'esprit pour justifier l'imputation de la responsabilité criminelle. La démarche équitable et pratique consiste à présumer la santé mentale et la responsabilité sous réserve de certaines exceptions — comme pour les mineurs — et sous réserve du droit de l'accusé de réfuter la présomption en invoquant l'aliénation mentale. Vues de cette façon, les dispositions du *Code criminel* relatives à l'aliénation mentale, loin de violer un principe de justice fondamentale, expriment les préceptes fondamentaux de notre système juridique et de la *Charte*.

Rien ne permet de penser que le système actuel aboutit à une injustice. Ainsi le système actuel dans notre pays semble bien fonctionner. En fait, le débat entre le juge en chef Lamer et le juge Wilson ne concerne pas la question de savoir si le droit actuel crée une injustice d'ordre pratique à laquelle il faut remédier, mais si changer le système pourrait créer une injustice.

La réalité, telle qu'elle ressort de l'expérience canadienne, est que les accusés semblent n'avoir aucune difficulté à établir l'aliénation mentale, selon la prépondérance des probabilités, lorsqu'elle est présente. Le diagnostic puisqu'il dépend de l'état d'esprit de l'accusé, est clairement sous le contrôle de l'accusé. Rien n'indique non plus que les accusés ne sont pas en mesure d'obtenir l'aide d'experts dont ils peuvent avoir besoin pour faire la preuve nécessaire du plaidoyer. Ces caractéristiques permettent de faire une distinction entre la présomption que chacun est sain d'esprit et le préjudice que représenterait l'obligation pour l'accusé de prouver que les éléments d'une infraction ne sont pas présents, contrairement à la présomption d'innocence. L'obligation pour l'accusé de prouver que les éléments de l'infraction ne sont pas présents a été considérée depuis longtemps et universellement dans notre système de droit comme présentant un grave danger d'injustice; malgré le débat actuel, on ne peut dire la même chose de la présomption que chacun est sain d'esprit.

Ramenée à l'essentiel, la question posée en l'espèce est celle-ci: la présomption d'innocence, un précepte fondamental du droit pénal, devrait-elle être élargie pour écarter le principe tout aussi fondamental du droit pénal selon lequel l'accusé

presumed sane for purposes of determining whether he or she should be found capable of criminal responsibility? If it were demonstrated that the time-honoured presumption of sanity raised the same concerns as those addressed by the presumption of innocence or produced injustice by placing an undue burden on the accused, a case might be made that the presumption of innocence should be so extended. But the concerns are not the same, and no injustice is demonstrated. In the absence of such considerations, this Court should not, under the aegis of the *Charter*, rewrite the criminal law as it has existed for centuries by abrogating the presumption of sanity.

It remains to consider whether the view I propose is precluded by prior jurisprudence in this Court. In my opinion, it is not. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court ruled that requiring the accused to establish an essential element of an offence offended the presumption of innocence in s. 11(d) of the *Charter*. In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, the Court, *per* Dickson C.J., suggested that a violation might be established where the accused was required to disprove an essential element or to prove "a collateral factor, an excuse, or a defence" (p. 18). While the *ratio* of *Whyte* is confined to defences (which the presumption of sanity cannot be); it is not amiss to consider the import of the *obiter* reference to "collateral factor".

Can the presumption of sanity be considered a "collateral factor" within *Whyte*? I think not. The Court in *Whyte* was not concerned with the fundamental pre-conditions for the imposition of criminal responsibility. The fundamental precept that moral culpability depends on the existence of capacity for choice falls entirely outside the intended scope of the judgment in *Whyte*. Sanity is not merely a "collateral factor" which must be established in order to convict; it is, rather, a condition precedent to any attribution of criminal responsibility and punishment.

est présumé sain d'esprit aux fins de déterminer s'il peut être jugé capable de responsabilité criminelle? S'il était démontré que la présomption que chacun est sain d'esprit, une présomption consacrée depuis longtemps, donnait lieu aux mêmes préoccupations que celles auxquelles répond la présomption d'innocence ou donnait lieu à une injustice en imposant un fardeau indu à l'accusé, ou pourrait soutenir alors que la présomption d'innocence devrait être élargie. Mais les difficultés ne sont pas les mêmes et aucune injustice n'a été démontrée. Puisque ces considérations sont absentes, notre Cour ne devrait pas, sous l'autorité de la *Charte*, réécrire le droit criminel qui existe depuis des siècles, pour abroger la présomption que chacun est sain d'esprit.

Il reste à se demander si la jurisprudence antérieure de notre Cour s'oppose à l'opinion que j'avance. À mon avis, elle ne s'y oppose pas. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour a jugé qu'il était contraire à la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte* d'obliger l'accusé à réfuter un élément essentiel d'une infraction. Dans *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, laisse entendre qu'une violation peut être établie quand l'accusé est tenu de réfuter un élément essentiel ou de prouver un «facteur accessoire, [une] excuse ou [un] moyen de défense» (p. 18). Quoique l'arrêt *Whyte* se limite aux moyens de défense (ce que n'est pas la présomption que chacun est sain d'esprit), il n'est pas déplacé de prendre en considération l'allusion faite en opinion incidente au «facteur accessoire».

Peut-on considérer la présomption que chacun est sain d'esprit comme un «facteur accessoire» au sens de l'arrêt *Whyte*? Je ne crois pas. Dans l'arrêt *Whyte*, notre Cour traitait des conditions préalables et fondamentales à l'imputation de la responsabilité criminelle. Le précepte de base selon lequel la culpabilité morale dépend de l'existence de la capacité de choisir se situe totalement à l'extérieur de ce qu'entendait viser l'arrêt *Whyte*. La santé mentale n'est pas un simple «facteur accessoire» qu'il faut établir pour déclarer coupable; il s'agit plutôt d'une condition nécessaire à toute imputation de responsabilité criminelle ou imposition de peines.

I conclude that the pronouncements of this Court on s. 11(d) of the *Charter* are consistent with the conclusion that s. 16(4) of the *Criminal Code* does not violate the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Charter*.

In view of these conclusions, I need not consider the application of s. 1 of the *Charter*.

The Meaning of "Wrong" in s. 16(2) of the Code

Section 16(2) of the *Criminal Code* defines insanity. There are two requirements. The first is a "disease of the mind." The second is that the disease be to an extent that it renders the person incapable either, of (a) appreciating the nature and quality of an act or omission; or (b) of knowing that an act or omission is wrong.

The interpretation of the second arm of the second condition arose at the trial in this case. Following earlier decisions of this Court (in particular *Schwartz v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 673), the trial judge instructed the jury that this condition was filled if the appellants were capable of knowing that their act was legally wrong. The fact that the appellants may not have been capable of appreciating that the act was morally wrong, i.e., that they may have thought it was morally justifiable although legally wrong, was irrelevant.

Lamer C.J. has accepted the appellants' invitation to reconsider this Court's earlier conclusion that the capacity to know the act or omission was legally wrong suffices. In his view, an accused who is capable of knowing an act or omission is legally wrong is not subject to the criminal process if mental illness rendered him or her incapable of knowing the act or omission was morally wrong. I, on the other hand, take the view that it does not matter whether the capacity relates to legal wrongness or moral wrongness — all that is required is that the accused be capable of knowing that the act was in some sense "wrong". If the accused has this capacity, then it is neither unfair

Je conclus donc que les décisions de notre Cour concernant l'al. 11d) de la *Charte* sont compatibles avec la conclusion que le par. 16(4) du *Code criminel* ne viole pas la présomption d'innocence consacrée à l'al. 11d) de la *Charte*.

Compte tenu de ces conclusions, je n'ai pas besoin d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*.

Le sens du terme «mauvais» du par. 16(2) du Code

Le paragraphe 16(2) du *Code criminel* définit l'aliénation mentale. Il comporte deux exigences. La première est la présence d'une «maladie mentale». La seconde est que l'intéressé soit atteint par cette maladie à un point qui le rende incapable soit a) de juger la nature ou la qualité d'un acte ou d'une omission, soit b) de savoir qu'un acte ou une omission est mauvais.

C'est l'interprétation du deuxième volet de la deuxième exigence qui est débattue en l'espèce. Suivant des décisions moins récentes de notre Cour (notamment *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673), le juge du procès a dit dans ses directives au jury que cette exigence était remplie si les appelants étaient capables de savoir que leur acte était légalement mauvais. Le fait que les appelants n'aient peut-être pas été capables de juger que leur acte était moralement mauvais ou moralement répréhensible, c'est-à-dire qu'ils aient pu penser qu'il était moralement justifié même s'il était illégal, était sans pertinence.

Le juge en chef Lamer a accepté de reconsidérer, à l'invitation des appelants, la conclusion antérieure de notre Cour selon laquelle suffisait la capacité de savoir que l'acte ou l'omission était légalement mauvais. À son avis, un accusé capable de savoir qu'un acte ou une omission est légalement mauvais n'est pas assujéti au processus criminel si la maladie mentale l'a rendu incapable de savoir si l'acte ou l'omission était moralement mauvais. Pour ma part, je pense qu'il importe peu que la capacité de savoir se rattache au caractère juridiquement ou moralement mauvais, car ce qui est requis c'est uniquement la capacité de l'accusé de savoir que l'acte commis était «mauvais» dans un sens ou dans un autre. Si l'accusé avait cette capacité, il n'est alors ni injuste ni inéquitable de

nor unjust to submit the accused to criminal responsibility and penal sanction.

The latter position is supported in my view by: (a) the plain language of s. 16(2); (b) an historical view of our insanity provisions; (c) the purpose and theory underlying our insanity provisions; and (d) by practical difficulties related to the problem of determining what is “morally wrong”. I will consider each of these arguments in turn.

The Language of s. 16(2)

I turn first to the wording of s. 16(2) of the *Criminal Code*. It uses the word “wrong” without modification. Had Parliament intended it to mean a specific kind of wrong, one would have expected Parliament to have said so. To know an act is wrong is to know that one ought not to do it. The reason for which one ought not to do it is a collateral and separate point — a point which does not arise on a plain reading of s. 16(2). All that is required to negate the pre-condition for criminal responsibility of sanity is that mental disease has rendered the accused incapable of knowing that he or she ought not to have done the act or neglected the omission in question.

This is the view of Professor Mewett in “Section 16 and ‘Wrong’” (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413. At page 416 he states:

The question, it seems to me, is not whether the accused thought an act was morally wrong or legally wrong but whether he was incapable of knowing that he ought not to do it. [Emphasis added.]

The History of our Insanity Provisions

An historical view of our insanity provisions supports the conclusion that “wrong” in s. 16(2) should be read simply in the sense of what ought not to be done or omitted. Section 16(2) finds its roots in *M’Naghten’s Case* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718. Its wording is borrowed from the words of Lord Tindal C.J., who stated at p. 722:

... to establish a defence on the ground of insanity, it must be clearly proved that, at the time of the committing of the act, the party accused was labouring under such a defect of reason, from disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing;

lui imputer une responsabilité criminelle et d’imposer des sanctions pénales.

Ce point de vue est étayé à mon avis par: a) le libellé clair du par. 16(2); b) l’historique des dispositions relatives à l’aliénation mentale; c) l’objet et la théorie sous-tendant ces dispositions; d) les problèmes pratiques tenant à la difficulté qu’il y a à déterminer ce qui est «moralelement mauvais». Je vais examiner chacun de ces arguments.

Le libellé du par. 16(2)

Je traiterai en premier du libellé du par. 16(2) du *Code criminel*. Le mot «mauvais» y est utilisé sans qualificatif. Si le Parlement avait voulu parler d’un mal particulier, on peut penser qu’il l’aurait dit. Savoir qu’un acte est mauvais, c’est savoir qu’on ne devrait pas le commettre. La raison pour laquelle on ne devrait pas commettre l’acte est une question accessoire et distincte — une question que ne soulève pas la simple lecture du par. 16(2). Pour nier la condition préalable à la responsabilité criminelle tenant à la santé mentale il suffit en effet que la maladie mentale ait rendu l’accusé incapable de savoir qu’il n’aurait pas dû commettre l’acte ou omettre de faire ce qu’il devait faire.

Telle est l’opinion du professeur Mewett dans «Section 16 and «Wrong»» (1976), 18 *Crim. L.Q.* 413. Voici ce qu’il dit à la p. 416:

[TRADUCTION] À mon avis, la question n’est pas de savoir si l’accusé pensait que l’acte était moralelement ou légalement mauvais mais s’il était incapable de savoir qu’il ne devrait pas commettre l’acte. [Je souligne.]

L’historique des dispositions relatives à l’aliénation mentale

L’historique des dispositions canadiennes relatives à l’aliénation mentale appuie la conclusion selon laquelle «mauvais» au par. 16(2) signifie simplement «ne devrait pas être fait ou omis». Le paragraphe 16(2) tire ses origines de l’arrêt *M’Naghten* (1843), 10 Cl. & Fin. 200, 8 E.R. 718. Son libellé s’inspire des propos tenus par le lord juge en chef Tindal, à la p. 722:

[TRADUCTION] ... pour faire valoir l’aliénation mentale comme moyen de défense, il faut prouver clairement qu’au moment où l’acte a été commis, l’accusé souffrait d’une imperfection de la raison, due à une maladie mentale telle qu’il ignorait la nature et la qualité de

or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong. [Emphasis added.]

Lord Tindal C.J. went on to explain what he meant by “wrong” (at p. 723):

If the accused was conscious that the act was one which he ought not to do, and if that act was at the same time contrary to the law of the land, he is punishable [Emphasis added.]

It is hardly surprising that Professor Colvin suggests that the original formulation of the *M’Naghten* rule supports neither the “legally wrong” nor the “morally wrong” standard: *Principles of Criminal Law*, op. cit., at p. 252.

This was the way courts subsequently interpreted *M’Naghten*. Thus, in *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21, Lord Reading C.J. stated (at pp. 27-28):

That is the accepted test, and applying it in this case there can be no room for doubt; once it is clear that the appellant knew that the act was wrong in law, then he was doing an act which he was conscious he ought not to do, and as it was against the law, it was punishable by law

The difficulty no doubt arises over the words “conscious that the act was one which he ought not to do,” but, looking at all the answers in *M’Naghten’s* case, it seems that if it is punishable by law it is an act which he ought not to do [Emphasis added.]

This language leaves no doubt that what is essential is that the accused know that he or she ought not to do the act in question. This condition is met if the accused knows that the act is legally wrong.

More than a century after *M’Naghten*, in *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (C.C.A.), Lord Goddard C.J. held that “wrong” should mean only legally wrong. For all practical purposes, he was only saying what Lord Reading C.J. had said in *Codere*. The question is whether the accused was capable of knowing that he or she ought not to do the act, and knowledge that it is illegal suffices to meet this test, making further enquiry into moral awareness unnecessary. (It may be that Lord Goddard C.J. went too far in saying all that could ever

l’acte par lui commis, ou s’il les connaissait, telle qu’il ignorait que ce qu’il faisait était mauvais. [Je souligne.]

Le lord juge en chef Tindal explique ensuite ce qu’il entend par «mauvais» (à la p. 723):

[TRADUCTION] Si l’accusé avait conscience que l’acte était une chose qu’il ne devait pas accomplir, et si cet acte était en même temps contraire à la loi du pays, il est justiciable d’une peine . . . [Je souligne.]

Il est à peine surprenant que le professeur Colvin semble penser que la formulation initiale de la règle *M’Naghten* n’appuie ni la norme du «légalement mauvais» ni la norme du «moralement mauvais»: *Principles of Criminal Law*, op. cit., à la p. 252.

C’est l’interprétation que les tribunaux ont donné à l’arrêt *M’Naghten* par la suite. Ainsi dans l’arrêt *R. v. Codere* (1916), 12 Cr. App. R. 21, le lord juge en chef Reading a déclaré (aux pp. 27 et 28):

[TRADUCTION] C’est là le critère reconnu et, si on l’applique en l’espèce, il ne peut subsister aucun doute; une fois établi que l’appelant savait que l’acte était mauvais en droit, il accomplissait un acte qu’il savait interdit, et, comme cet acte était contraire à la loi, il était punissable en droit . . .

La difficulté provient sans doute des mots «avait conscience que l’acte était une chose qu’il ne devait pas accomplir», mais, si l’on examine toutes les réponses données dans l’arrêt *M’Naghten*, il semble que si l’acte est punissable en droit, c’est un acte que l’accusé n’aurait pas dû accomplir . . . [Je souligne.]

Ces propos interdisent de douter que l’essentiel est que l’accusé sache qu’il ne devrait pas commettre l’acte en cause. Cette condition est remplie si l’accusé sait que l’acte est légalement mauvais.

Plus d’un siècle après l’arrêt *M’Naghten*, dans l’affaire *R. v. Windle*, [1952] 2 Q.B. 826 (C.C.A.), le lord juge en chef Goddard a décidé que «mauvais» devrait signifier seulement illégal. À toutes fins pratiques, il ne faisait que répéter ce que le lord juge en chef Reading avait dit dans *Codere*. Il faut donc déterminer si l’accusé était capable de savoir qu’il ne devrait pas commettre l’acte, et le fait de savoir que l’acte est légalement mauvais suffit pour satisfaire à ce critère et rend inutile tout autre examen de la conscience morale. (Il se

be relevant is legal wrong. One can imagine a case, although it must be rare, where an accused is incapable of appreciating that an act is legally wrong but capable of appreciating that it is morally wrong. In such a case, he or she arguably should be criminally responsible on the *M'Naghten* "ought to have known" test.)

Debate about the reason for which a person is incapable of knowing what he or she ought not to do can be traced to *Windle* and the High Court of Australia's rejection of this approach in *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. It finds its place in the dissenting reasons of this Court in *Schwartz*. My point at this juncture is that the debate is a relatively recent one, and that for most of the period in which *M'Naghten's Case* has been the rule, the only question was whether the accused was capable of knowing that he or she ought not to do the act in question, for whatever reason.

The Purpose and Theory of our Insanity Provisions

I turn now to the purpose and theory underlying the insanity provisions. In my view, they too support the view that "wrong" in s. 16(2) of the *Code* means simply that which one "ought not to do." The rationale behind the insanity provisions, as discussed earlier in these reasons, is that it is unfair and unjust to make a person who is not capable of conscious choice between right or wrong criminally responsible. Penal sanctions are appropriate only for those who have the ability to reason right from wrong, people capable of appreciating what they ought and ought not to do. A person may conclude that he or she ought not to do an act for a variety of reasons. One may be that it is illegal. Another may be that it is immoral. The reasons for which one concludes that one ought not to do an act are collateral to the fundamental rationale behind the insanity provisions — that criminal conviction is appropriate only where

peut que le lord juge en chef Goddard soit allé trop loin lorsqu'il a dit que seul le fait de savoir que l'acte est illégal a une pertinence quelconque. On peut imaginer le cas, même s'il doit être rare, où un accusé est incapable de juger qu'un acte est illégal, mais capable de juger qu'il est moralement répréhensible. Dans un tel cas, on pourrait soutenir que l'accusé devrait être tenu criminellement responsable selon le critère *M'Naghten* du «aurait dû savoir».)

Les débats sur la raison pour laquelle une personne est incapable de savoir ce qu'elle ne devrait pas faire remontent à l'arrêt *Windle* et au rejet de cette approche par la Haute Cour d'Australie dans l'arrêt *Stapleton v. The Queen* (1952), 86 C.L.R. 358. On trouve cette discussion dans les motifs dissidents de l'arrêt *Schwartz* de notre Cour. À ce stade de l'analyse, je souhaite souligner que ce débat est relativement récent et que, pendant l'essentiel de la période pendant laquelle la règle *M'Naghten* s'est appliquée, la seule question était de savoir si l'accusé était capable de savoir qu'il ne devrait pas commettre l'acte en cause, pour quelque raison que ce soit.

L'objet et la théorie sous-tendant les dispositions relatives à l'aliénation mentale

J'aborde maintenant l'objet et la théorie sous-tendant les dispositions relatives à l'aliénation mentale. À mon avis, ils appuient aussi l'opinion selon laquelle le terme «mauvais» au par. 16(2) du *Code* signifie simplement «ce qu'on ne devrait pas faire». Le raisonnement qui a donné naissance à ces dispositions, comme je le dis plus haut dans les présents motifs, veut qu'il soit injuste et inéquitable de tenir criminellement responsable une personne qui n'est pas capable de faire consciemment un choix entre le bien et le mal. Les sanctions pénales ne sont appropriées qu'à l'égard des personnes capables de distinguer par la raison le mal du bien et de déterminer ce qu'elles devraient ou ne devraient pas faire. Une personne peut conclure qu'elle ne devrait pas commettre un acte pour des raisons variées. L'une peut être que l'acte est illégal. Une autre peut être que l'acte est immoral. Les raisons pour lesquelles on conclut qu'on ne devrait pas faire quelque chose sont accessoires à la raison d'être des dispositions relatives à l'aliéna-

the person is capable of understanding that he or she ought not to do the act in question.

The wider rationale underlying the criminal law generally supports the same view. While other factors may figure, two main mechanisms function to keep people's conduct within the appropriate legal parameters: (1) a sense of morality, and (2) a desire to obey the law. In most cases, law and morality are co-extensive, but exceptionally they are different. Where morality fails, the legal sanction should not be removed as well. To do so is to open the door to arguments that absence of moral discernment should excuse a person from the sanction of the criminal law, and thus remove one of the factors which deters inappropriate and destructive conduct. That should not be done lightly. The fact that such arguments could not be entertained without establishing a "disease of the mind" is small comfort when one takes account of the difficulty of defining or diagnosing "disease of the mind." Recent research seems to suggest that the vast majority of forensic psychiatrists and psychologists, including those who have given evidence with respect to legal insanity in a large number of cases, have no effective understanding of the legal test about which they are expressing an opinion: R. Rogers and R. E. Turner, "Understanding of Insanity: A National Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists" (1987), 7 *Health L. Can.* 71. See also J. Ziskin and D. Faust, *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony* (4th ed. 1988), vol. I, at pp. 389-408.

To hold that absence of moral discernment due to mental illness should exempt a person who knows that legally he or she ought not to do a certain act is, moreover, to introduce a lack of parallelism into the criminal law; generally absence of moral appreciation is no excuse for criminal conduct. When the moral mechanism breaks down in the case of an individual who is sane, we do not treat that as an excuse for disobeying the law; for example, in the case of a psy-

tion mentale — la déclaration de culpabilité criminelle n'est appropriée que lorsque la personne en cause est capable de comprendre qu'elle ne devrait pas commettre l'acte visé.

^a Une explication plus large et qui s'applique au droit pénal en général appuie aussi ce point de vue. Quoique d'autres facteurs puissent jouer, il existe deux mécanismes principaux qui permettent de ^b maintenir la conduite des gens à l'intérieur de paramètres juridiques adéquats: (1) le sens moral et (2) le désir de respecter la loi. Dans la plupart des cas, loi et moralité concordent mais elles peuvent diverger dans des cas exceptionnels. Quand la ^c moralité fait défaut, l'obligation légale ne doit pas pour autant disparaître. Le permettre serait ouvrir la porte aux arguments que l'absence de discernement moral devrait soustraire une personne à la sanction du droit criminel et éliminer ainsi un des ^d facteurs de dissuasion des conduites inappropriées ou destructrices. On ne peut faire cela à la légère. Le fait qu'on ne pourrait pas prendre en compte ces arguments sans établir la «maladie mentale» ^e n'aide pas à résoudre le problème puisqu'il est difficile de définir ou de diagnostiquer la «maladie mentale». Des recherches récentes permettent de penser que la vaste majorité des psychiatres et psychologues légistes, y compris ceux qui ont ^f témoigné sur la question de l'aliénation mentale dans un grand nombre d'affaires, ne comprennent pas pleinement le critère juridique sur lequel ils expriment leurs opinions: R. Rogers et R. E. Turner, «Understanding of Insanity: A National ^g Survey of Forensic Psychiatrists and Psychologists» (1987), 7 *Health L. Can.* 71. Voir aussi J. Ziskin et D. Faust, *Coping with Psychiatric and Psychological Testimony* (4^e éd. 1988), vol. I, aux ^h pp. 389 à 408.

Conclure que l'absence de discernement moral due à la maladie mentale devrait exonérer la personne qui sait que légalement elle ne devrait pas commettre un certain acte introduirait en outre ⁱ une rupture de parallélisme en droit pénal; en règle générale, l'absence de jugement moral n'est pas une excuse pour la conduite criminelle. Quand les ^j mécanismes moraux ne fonctionnent plus chez un individu sain d'esprit, nous ne traitons pas cela comme une excuse à la désobéissance au droit; par

chopath. The rationale is that an individual either knows or is presumed to know the law, and the fact that his or her moral standards are at variance with those of society is not an excuse. Why, if the moral mechanism breaks down because of disease of the mind, should it exempt the accused from criminal responsibility where he or she knows, or was capable of knowing, that the act was illegal and hence one which he or she “ought not to do”? Why should deficiency of moral appreciation due to mental illness have a different consequence than deficiency of moral appreciation due to a morally impoverished upbringing, for example? I see no reason why the policy of the law should differ in the two cases.

The Difficulty of Determining What Is Morally Wrong

I turn finally to the practical difficulty imposed by permitting persons who know they ought not to do an act for legal reasons from escaping criminal responsibility on the ground that they were incapable of realizing that the act was immoral. As Colvin, *Principles of Criminal Law*, op. cit., observes at p. 253, “There is no system of authoritative moral pronouncements which is equivalent to that found in law”.

In *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), Marc Schiffer expands on this point (at p. 134):

If ... we were to judge wrongfulness by the moral standards of society (as the minority in *Schwartz* suggested), it is submitted that the right-wrong test would become virtually meaningless. In the case of certain crimes (e.g. abortion), even the most lucid individual would have trouble appraising society's views without conducting an opinion poll. In the case of other crimes (e.g. rape) the most severe psychotic might know that they are morally condemned by society.

Although abortion is no longer the subject of criminal sanction, it is not difficult to conceive of other criminally proscribed acts (e.g. euthanasia)

exemple, dans le cas d'un psychopathe. La raison en est que l'individu connaît ou est censé connaître la loi, et le fait que ses principes moraux ne sont pas conformes à ceux de la société n'est pas une excuse. Alors pour quelle raison le mauvais fonctionnement des mécanismes moraux dû à la maladie mentale devrait-il exonérer un individu de toute responsabilité criminelle alors qu'il savait ou était capable de savoir que l'acte commis était illégal et donc de ceux qu'il «n'aurait pas dû commettre»? Pourquoi la défaillance du jugement moral due à la maladie mentale aurait-elle des conséquences différentes de la défaillance du jugement moral résultant par exemple d'une éducation pauvre en matière de moralité? Je ne vois aucune raison d'appliquer des principes juridiques différents dans les deux cas.

La difficulté de déterminer ce qui est moralement mauvais

J'aborde finalement les difficultés pratiques qu'il y aurait à permettre aux personnes qui savent qu'elles ne devraient pas commettre un acte donné pour des raisons juridiques d'échapper à la responsabilité criminelle parce qu'elles étaient incapables de se rendre compte de ce que l'acte était immoral. Comme le fait observer Colvin, *Principles of Criminal Law*, op. cit., à la p. 253, [TRADUCTION] «il n'existe pas de système d'énoncés en matière de moralité faisant autorité qui soit équivalent à celui de la loi».

Dans *Mental Disorder and the Criminal Trial Process* (1978), Marc Schiffer développe cette idée (à la p. 134):

[TRADUCTION] Nous pensons que s'il fallait juger ce qui est mauvais selon les normes morales de la société (comme le propose la minorité dans *Schwartz*), le critère du bien et du mal perdrait virtuellement tout son sens. Dans le cas de certains crimes (par exemple, l'avortement) même la personne la plus lucide aurait de la difficulté à déterminer l'opinion de la société sans procéder à des sondages. Dans le cas d'autres crimes (par exemple, le viol), même la personne la plus psychotique pourrait savoir qu'ils sont moralement condamnés par la société.

Quoique l'avortement ne soit plus l'objet de sanctions criminelles, il n'est pas difficile d'envisager d'autres actes proscrits par le droit pénal (par

where wrongfulness in the eyes of society may not necessarily coincide with wrongfulness in the eyes of the law.

The problem with making capacity to appreciate moral wrong the test for criminal responsibility where the incapacity is caused by mental illness is that of determining what society's moral judgment will be in every situation. What result is to obtain on those occasions where an accused claims an incapacity to know that his or her unlawful act was morally wrong and, objectively, the act was one for which the moral wrongfulness can be disputed? Certainly a court is in no position to make determinations on questions of morality, nor is it fair to expect a jury to be able to agree on what is morally right or morally wrong. The prospect of greater certainty, and the avoidance of metaphysical arguments on right and wrong is the chief advantage of adhering to the traditional *M'Naghten* test for criminal responsibility where causative disease of the mind exists — whether the accused, for whatever reason, was capable of appreciating that his or her act is wrong.

The importance of certainty in the criminal law cannot be over-estimated. It should be relatively clear when criminal responsibility attaches and when it does not if the criminal law is to have the requisite deterrent effect and if it is to be seen to function fairly and equitably to all. A person's criminal responsibility should not hinge on questions of whether an act would be generally perceived as immoral.

Summary

For all these reasons I conclude that "wrong" in s. 16(2) of the *Code* ought to be interpreted simply in the sense of what one ought not to do, for whatever reason, legal or moral. In practice, this has the effect in most cases that where an accused is capable of knowing that his or her act is legally wrong, he or she will be held liable to the criminal process, regardless of what his or her moral appreciation may have been. In the end, I endorse

exemple, l'euthanasie) où ce qui est répréhensible aux yeux de la société ne coïncide pas nécessairement avec ce qui est condamnable en droit.

a Le problème que suscite un critère de responsabilité criminelle fondé sur la capacité de juger le caractère moralement mauvais, quand l'incapacité est causée par la maladie mentale, tient à la détermination de ce que sera le jugement moral de la société dans chaque cas. Quel sera le résultat dans les cas où un accusé affirme être incapable de savoir que son acte illégal était moralement mauvais et où, objectivement, l'acte est de ceux dont le caractère moralement mauvais peut être contesté?

b Un tribunal n'est certainement pas en mesure de rendre des décisions sur des questions de moralité et il n'est pas équitable de demander à un jury de s'entendre sur ce qui est moralement bon ou moralement mauvais. La perspective d'une plus grande certitude et la possibilité d'éviter des arguments métaphysiques sur le bien et le mal sont les avantages principaux du maintien du critère traditionnel de l'arrêt *M'Naghten* pour la responsabilité pénale dans le cas de la maladie mentale — la question étant alors de savoir si l'accusé, pour quelque raison que ce soit, était capable de juger que son acte était mauvais.

f On ne peut surestimer l'importance de la certitude en droit criminel. Si le droit criminel doit avoir l'effet de dissuasion requis et s'il doit être considéré comme s'appliquant de façon juste et équitable à tous, il devrait indiquer de façon assez claire les cas où la responsabilité sera imputée et les cas où elle ne le sera pas. La responsabilité pénale d'une personne ne devrait pas dépendre de la question de savoir si un acte serait perçu en règle générale comme immoral.

Résumé

Pour tous les motifs qui précèdent, je conclus que «mauvais» au par. 16(2) du *Code* devrait être interprété simplement au sens de ce qu'on ne devrait pas faire, pour une raison quelconque, juridique ou morale. En pratique, dans la plupart des cas, l'effet sera que, lorsqu'un accusé est capable de savoir que son acte est illégal, il sera tenu responsable en droit criminel indépendamment de ce qu'ait pu être son jugement moral à ce sujet. En

the conclusion of Professor Mewett, "Section 16 and 'Wrong'", *op. cit.*, at pp. 415-16:

With the greatest respect for judges who have wrestled with this problem and for academics who have written on it, in fact this is a non-problem The question that ought to be asked, it is submitted, is whether the accused, because of a disease of the mind (first hurdle) was rendered incapable (second hurdle) of knowing that this act was something that he ought not to do (third hurdle). If he was capable of knowing that the act was contrary to law and that he ought not to do an act contrary to law, then the defence should not apply. If he was incapable of knowing that it was contrary to law, but capable of knowing that it was an act condemned by people generally, then again the defence should not apply. But if he was incapable of knowing that the act was contrary to law *and* incapable of knowing that it was an act condemned by people generally, then the defence should apply. This only leaves a situation where he was capable of knowing that the act was contrary to law but incapable both of knowing that to act contrary to law was condemned by people generally *and* of knowing that this particular act was condemned by people generally. I would have thought that such an accused (who must be the rarest of all individuals) is precisely one who ought to be found not guilty by reason of insanity. Far from opening any floodgates, such an interpretation scarcely affects the number of persons who would have a valid defence, but on the rare occasions when it is relevant seems extremely important.

The question, it seems to me, is not whether the accused thought an act was morally wrong or legally wrong but whether he was incapable of knowing that he ought not to do it.

Specific Delusions

Assuming that s. 16(3) relating to specific delusions can arise where the conditions of s. 16(2) are not met, I am satisfied that the trial judge left open this possibility in his instructions to the jury and that his instructions were adequate. I would not direct a new trial on this point.

Splitting the Case

The appellant, Morrissette, submits that the trial judge erred in permitting the Crown to split

définitive, j'adopte la conclusion du professeur Mewett, «Section 16 and «Wrong», *loc. cit.*, aux pp. 415 et 416:

[TRADUCTION] Avec égards pour les juges qui se sont débattus avec la question et pour les universitaires qui ont écrit à ce sujet, il y a en réalité absence de problème [. . .] La question qu'il faut se poser, à notre avis, est de savoir si l'accusé, en raison d'une maladie mentale (première condition), était incapable (deuxième condition) de savoir que son acte était une chose qu'il ne devait pas accomplir (troisième condition). S'il était capable de savoir que l'acte était contraire à la loi et qu'il ne devait pas faire une chose contraire à la loi, alors le moyen de défense ne devrait pas être retenu. S'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi, mais capable de savoir que l'acte était condamné par les gens en général, alors le moyen de défense encore là ne devrait pas être admis. Mais s'il était incapable de savoir que l'acte était contraire à la loi *et* incapable de savoir que c'était un acte répréhensible par la morale publique, alors le moyen de défense devrait être admis. Reste seulement le cas où il serait capable de savoir que l'acte est contraire à la loi, mais incapable de savoir à la fois que la morale publique réprovoque les actes contraires à la loi *et* que cet acte en particulier est condamné par les gens de façon générale. J'estime que cet accusé (qui doit constituer une rare exception) serait précisément celui qui doit être acquitté pour cause d'aliénation mentale. Loin de provoquer une avalanche quelconque, cette interprétation aurait une incidence minime sur le nombre de personnes qui disposeraient d'un moyen de défense valide, mais aurait une importance extrême dans les rares occasions où elle serait pertinente.

À mon avis, la question n'est pas de savoir si l'accusé pensait que l'acte était moralement ou légalement mauvais mais s'il était incapable de savoir qu'il ne devrait pas commettre l'acte.

Idées délirantes

À supposer que le par. 16(3) concernant les idées délirantes puisse s'appliquer lorsque les conditions du par. 16(2) ne sont pas remplies, je suis convaincue que le juge du procès a laissé ouverte cette possibilité dans ses directives au jury et que son exposé était adéquat. Je n'ordonnerais pas de nouveau procès sur cette question.

Fractionnement de la preuve

L'appellant Morrissette soutient que le juge du procès a fait erreur lorsqu'il a autorisé le ministère

its case by presenting its evidence on insanity in rebuttal.

For the reasons set out earlier, I do not regard the evidence on insanity in this case as going to an essential element of the offence. The Crown was entitled to rely on the presumption of sanity and was under no obligation to present evidence on this issue as part of its case against the accused.

Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No answer is required.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting)—I have had the advantage of reading the reasons of Chief Justice Lamer, Justice Wilson and Justice McLachlin herein. I agree with the disposition of this appeal proposed by McLachlin J. and with her reasons in respect of all issues except that, while I agree that s. 16(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is valid, I arrive at this conclusion for the reasons expressed by the Chief Justice. It follows that I would answer the constitutional question as proposed by the Chief Justice but would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J. — I have had the benefit of reading the reasons of Chief Justice Lamer and Justices Wilson and McLachlin in the present appeal. For the reasons given by McLachlin J., I am of the view that the presumption of sanity embodied in s. 16 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not offend the presumption of innocence enshrined in s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I am on the

public à fractionner sa preuve en présentant sa preuve sur l'aliénation mentale en contre-preuve.

Pour les raisons mentionnées plus haut, j'estime que la preuve de l'aliénation mentale en l'espèce ne vise pas un élément essentiel de l'infraction. Le ministère public avait le droit de s'appuyer sur la présomption que chacun est sain d'esprit et n'avait pas l'obligation de présenter sa preuve sur cette question dans le cadre de sa preuve contre les accusés.

Conclusion

Je rejetterais le pourvoi et répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Il est inutile de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident)—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le juge en chef Lamer et les juge Wilson et McLachlin dans le présent pourvoi. Je suis d'accord avec le dispositif proposé dans ce pourvoi par le juge McLachlin et avec ses motifs concernant toutes les questions à l'exception de ma conclusion que le par. 16(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est valide pour les motifs exprimés par le Juge en chef. Par conséquent, je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon proposée par le Juge en chef mais je rejetterais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs rédigés par le juge en chef Lamer et les juge Wilson et McLachlin dans le présent pourvoi. Pour les raisons exprimées par le juge McLachlin, je suis d'avis que la présomption que chacun est sain d'esprit selon l'art. 16 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, ne viole pas la présomption d'innocence prévue à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par ailleurs, je

other hand in agreement with the reasons of Lamer C.J. as to the meaning of “wrong” in s. 16(2) of the *Criminal Code* as signifying “morally wrong” as well as with his reasons on the other issues raised in this appeal.

Consequently, I would answer the constitutional questions as follows:

1. Is s. 16(4) of the *Criminal Code* of Canada inconsistent with s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 16(4) justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No answer is required.

As I join Lamer C.J. in his interpretation of the word “wrong” in s. 16(2), I would likewise allow the appeal and order a new trial.

Appeal allowed and new trial ordered, L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant Chaulk: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.

Solicitors for the appellant Morrissette: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

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

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

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-François Dionne and Jacques Gauvin, Ste-Foy.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: M. J. Watson, Edmonton.

suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer concernant le sens de «mauvais» au par. 16(2) du *Code criminel* qu'il estime signifier «moralement mauvais», ainsi qu'avec ses motifs ^a concernant les autres questions soulevées en l'espèce.

Par conséquent, je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

^b 1. Le paragraphe 16(4) du *Code criminel* du Canada est-il incompatible avec l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

^c 2. Si la réponse à la première question est affirmative, le par. 16(4) est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Il est inutile de répondre à cette question.

^d Puisque j'adopte l'interprétation que donne le juge en chef Lamer au mot «mauvais» au par. 16(2), je suis d'avis comme lui d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un nouveau procès.

^e *Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.*

^f *Procureurs de l'appellant Chaulk: Wolch, Pinx, Tapper, Scurfield, Winnipeg.*

Procureurs de l'appellant Morrissette: Walsh, Micay & Company, Winnipeg.

^g *Procureur de l'intimée: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.*

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

^h *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

ⁱ *Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-François Dionne et Jacques Gauvin, Ste-Foy.*

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

^j *Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: M. J. Watson, Edmonton.*

IN THE MATTER OF a Reference by the Governor in Council concerning certain language rights under Section 23 of the *Manitoba Act, 1870*, and Section 133 of the *Constitution Act, 1867* and set out in Order-in-Council P.C. 1984-1136 dated the 5th day of April 1984

INDEXED AS: RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS ORDER

File No.: 18606.

1990: December 7.

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

ORDER FOR SPECIAL HEARING

Constitutional law — Language guarantees — Hearing to be held to determine certain constitutional questions arising from Supreme Court's order establishing minimum time period necessary for the translation, re-enactment, printing and publishing of Manitoba laws — Temporary validity of laws of Manitoba continued until judgment rendered but only as regards the matters raised in application.

ORDER to inscribe for hearing certain constitutional questions which arise from the order of this Court dated November 4, 1985, [1985] 2 S.C.R. 347.

Donna J. Miller and Deborah Carlson, for the Attorney General of Manitoba.

Michel Bastarache and Antoine F. Hacault, for the Société franco-manitobaine.

Vaughan L. Baird, Q.C., for Roger Bilodeau.

François Dumaine, for the Fédération des francophones hors Québec.

Stephen A. Scott and Victoria Percival-Hilton, for Alliance Québec.

D. Martin Low, Q.C., and Warren J. Newman, for the Attorney General of Canada.

DANS L'AFFAIRE d'un renvoi adressé par le gouverneur en conseil au sujet de certains droits linguistiques garantis par l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* et par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tel qu'énoncé dans le décret C.P. 1984-1136 en date du 5 avril 1984

RÉPERTORIÉ: ORDONNANCE RELATIVE AUX DROITS LINGUISTIQUES AU MANITOBA

N° du greffe: 18606.

1990: 7 décembre.

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

ORDONNANCE D'AUDITION SPÉCIALE

Droit constitutionnel — Garanties linguistiques — Audition à tenir en vue de trancher certaines questions constitutionnelles découlant de l'ordonnance de la Cour suprême établissant le délai minimum requis pour la traduction, la réadoption, l'impression et la publication des lois du Manitoba — Maintien de la validité temporaire des lois du Manitoba jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu mais seulement quant aux questions soulevées dans la requête.

ORDONNANCE d'inscrire pour audition certaines questions constitutionnelles découlant de l'ordonnance de notre Cour, en date du 4 novembre 1985, [1985] 2 R.C.S. 347.

Donna J. Miller et Deborah Carlson, pour le procureur général du Manitoba.

Michel Bastarache et Antoine F. Hacault, pour la Société franco-manitobaine.

Vaughan L. Baird, c.r., pour Roger Bilodeau.

François Dumaine, pour la Fédération des francophones hors Québec.

Stephen A. Scott et Victoria Percival-Hilton, pour Alliance Québec.

D. Martin Low, c.r., et Warren J. Newman, pour le procureur général du Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J.—We are all of the view that this Court has jurisdiction to entertain this application to hold a hearing and determine the questions submitted to us by the parties*.

We are of the view that, in the exercise of our discretion, we should hear this matter and address the questions put to us by Manitoba save question number 6; in the exercise of our discretion we will in the stead address the question put to us by Alliance Québec in substitution to Manitoba's question number 6, as amended in accordance with the submission of the Société franco-manitobaine. The question reads as follows:

6. (a) If the obligations of the Province of Manitoba pursuant to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* are more extensive than its practice, can the period of temporary validity established pursuant to the Order of this Court dated November 4, 1985, be extended, or a further period be established, to cover the orders in council, instruments or documents in question, as well as the rights, obligations and legal effect thereof, in order to allow the Province to conform to its constitutional obligations?

(b) Can such orders in council, instruments or documents, as well as the rights, obligations and legal effect thereof, if invalid, be rendered valid retroactively, and if so by what means?

We refer the parties to the Chief Justice's Chambers for setting down a date for hearing, and to the rota judge to settle all other procedural matters within Chamber's jurisdiction, as they arise.

We order that the order as regards the continuation of the temporary validity of laws referred to in paragraph 2(a) of the order of this Court reported at [1985] 2 S.C.R. 347, at p. 349, be further continued, but only as regards the matters raised in this application until the hearing has been held and judgment has been handed down, subject to any order of this Court.

* Constitutional questions appear at the end of the text.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER—Nous sommes tous d'avis que cette Cour est compétente pour entendre cette requête, et répondre aux questions que nous soumettent les parties*.

Nous sommes aussi d'avis, exerçant notre discrétion, d'entendre la requête et de considérer les questions que nous soumet le Manitoba, à l'exception de la sixième. Exerçant notre pouvoir discrétionnaire, nous considérerons plutôt la question proposée par Alliance Québec, telle qu'amendée par la Société franco-manitobaine, et qui se lit comme suit:

6. a) Si les obligations imposées au Manitoba en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sont plus étendues que la pratique de la province, la période de validité temporaire établie dans l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985, peut-elle être étendue, ou une autre période peut-elle être établie, pour couvrir les décrets, actes et documents en question, de même que les droits, les obligations et les effets juridiques qui en découlent, afin de permettre à la province de ce conformer à ses obligations constitutionnelles?

b) S'ils sont invalides, les décrets, actes et documents en question, de même que les droits, les obligations et les effets juridiques qui en découlent, peuvent-ils être validés rétroactivement; dans l'affirmative, par quels moyens?

Nous référons les parties au Juge en chef pour fixer la date d'audience et au juge de service pour décider de toutes autres questions de procédure et d'intendance de sa compétence.

Nous ordonnons que l'ordonnance rendue par cette Cour continuant la période de validité des lois du Manitoba qu'on retrouve à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'ordonnance rapportée à [1985] 2 R.C.S. 347, à la p. 349, soit continuée, mais seulement quant aux questions devant nous jusqu'à l'audition de cette affaire et le prononcé du jugement, sous réserve de toute nouvelle ordonnance.

* Les questions constitutionnelles sont reproduites à la fin du texte.

This order is to be served upon all Attorneys General.

Order accordingly.

Solicitor for the Attorney General of Manitoba: The Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitors for the Société franco-manitobaine: Michel Bastarache, Ottawa; Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Solicitors for Roger Bilodeau: Newman MacLean, Winnipeg.

Solicitor for the Fédération des francophones hors Québec: François Dumaine, Ottawa.

Solicitors for Alliance Québec: Stephen A. Scott and Victoria Percival-Hilton, Montréal.

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

La présente ordonnance devra être signifiée aux procureurs généraux.

Ordonnance en conséquence.

Procureur du procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureurs de la Société franco-manitobaine: Michel Bastarache, Ottawa; Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.

Procureurs de Roger Bilodeau: Newman MacLean, Winnipeg.

Procureur de la Fédération des francophones hors Québec: François Dumaine, Ottawa.

Procureurs d'Alliance Québec: Stephen A. Scott et Victoria Percival-Hilton, Montréal.

Procureur du procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

EDITOR'S NOTE:

The constitutional questions, as amended, read as follows:

1. Are any or all of the types of orders in council described below, and listed in the materials provided in the casebook or orders in council similar in character thereto, subject to:

- (i) s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*;
- (ii) the first paragraph of the Order of this Court dated November 4, 1985?

(a) Orders in council establishing government departments, health and social services district boards and committees of cabinet;

(b) Orders in council authorizing a Minister or a Crown corporation to enter into a contract;

(c) Orders in council authorizing the issuing of grants to municipalities or community groups;

(d) Orders in council relating to appointments and, in particular:

- (i) appointing judges and members of quasi-judicial tribunals; and
- (ii) appointing persons to positions in the civil service or to Crown corporations.

(e) Orders in council affecting the rights or responsibilities of a specific person or persons, such as the

e NOTE DE L'ARRÊTISTE:

Les questions constitutionnelles modifiées sont ainsi conçues:

1. Les types de décrets décrits ci-dessous et énumérés dans la documentation fournie dans le cahier d'appel ou les autres décrets similaires, sont-ils assujettis:

- (i) à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*;
- (ii) au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985?

a) Les décrets qui créent des ministères, des conseils de district des services sociaux et de santé ainsi que des comités du cabinet;

b) Les décrets qui autorisent un ministre ou une société d'État à conclure un contrat;

c) Les décrets qui autorisent le versement de subventions à des municipalités ou à des groupes communautaires;

d) Les décrets qui ont trait à des nominations, y compris:

- (i) la nomination des juges et des membres des tribunaux quasi judiciaires; et
- (ii) la nomination de personnes au sein de la fonction publique et de sociétés d'État.

e) Les décrets qui touchent les droits ou les responsabilités de personnes déterminées, notamment les

- issuing of a licence or permit to such person or persons.
2. Are any or all of the types of instruments or documents described below, and listed in the materials provided in the casebook or instruments or documents similar in character thereto, subject to:
- (i) s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*;
- (ii) the first paragraph of the Order of this Court dated November 4, 1985?
- (a) Contracts attached to orders in council authorizing a Minister or a Crown corporation to enter into that contract;
- (b) Schedules attached to orders in council authorizing grants to municipalities or community groups and:
- (i) setting the terms and conditions on which those grants are to be made; or
- (ii) listing the recipient groups.
- (c) Schedules attached to orders in council described in question 1(e).
3. If the answer to either the first question or the second question is affirmative with respect to any or all of the types of orders in council, or instruments or documents described therein, what principles or criteria apply to determine the extent to which orders in council, or instruments or documents described therein, are subject to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*?
4. Are any or all of the types of instruments or documents described below, and listed in the materials provided in the casebook or instruments or documents similar in character thereto, subject to:
- (i) s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*; or
- (ii) the first paragraph of the Order of this Court dated November 4, 1985?
- (a) Instruments or documents created by non-governmental organisations or persons and incorporated by reference in the laws of Manitoba;
- (b) Instruments or documents created by governments other than that of the Province of Manitoba, including departments, boards and agencies of such governments, and incorporated by reference in the laws of Manitoba;
- (c) Instruments or documents created by international organizations or persons and incorporated by reference in the laws of Manitoba;
- (d) Instruments or documents created by departments, boards and agencies of the government of the Province of Manitoba and incorporated by reference in the law of Manitoba.
- décrets qui prévoient la délivrance d'une licence ou d'un permis à ces personnes.
2. Les types d'actes ou de documents décrits ci-dessous et énumérés dans la documentation fournie dans le cahier d'appel ou les autres actes ou documents similaires, sont-ils assujettis:
- (i) à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*;
- (ii) au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985?
- a) Les contrats annexés aux décrets autorisant un ministre ou une société d'État à conclure un contrat;
- b) Les annexes aux décrets autorisant le versement de subventions à des municipalités ou à des groupes communautaires et:
- (i) établissant les conditions d'octroi de ces subventions; ou
- (ii) énumérant les groupes bénéficiaires.
- c) Les annexes aux décrets visés à la question 1e).
3. Si la réponse à la première question ou à la deuxième question est affirmative relativement à l'un quelconque des types de décrets, d'actes ou de documents qui y sont mentionnés, quels principes ou critères s'appliquent pour déterminer la mesure dans laquelle les décrets, les actes ou les documents qui y sont mentionnés, sont assujettis à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*?
4. Les types d'actes ou de documents décrits ci-dessous et énumérés dans la documentation fournie dans le cahier d'appel ou les autres actes ou documents similaires, sont-ils assujettis:
- (i) à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*; ou
- (ii) au premier paragraphe de l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985?
- a) Les actes ou les documents émanant d'organisations ou de personnes non gouvernementales et incorporés par référence dans les lois du Manitoba;
- b) Les actes ou les documents émanant d'autres gouvernements que celui de la province du Manitoba ou par des ministères, des commissions et des agences de ces gouvernements et incorporés par référence dans les lois du Manitoba;
- c) Les actes ou les documents émanant d'organisations ou de personnes internationales et incorporés par référence dans les lois du Manitoba;
- d) Les actes ou les documents émanant de ministères, de commissions ou d'agences du gouvernement de la province du Manitoba et incorporés par référence dans les lois du Manitoba.

5. If the answer to the fourth question is affirmative with respect to any or all of the types of instruments or documents described therein, what principles or criteria apply to determine the extent to which these instruments or documents are subject to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870*? a
6. (a) If the obligations of the Province of Manitoba pursuant to s. 23 of the *Manitoba Act, 1870* are more extensive than its practice, can the period of temporary validity established pursuant to the Order of this Court dated November 4, 1985, be extended, or a further period be established, to cover the orders in council, instruments or documents in question, as well as the rights, obligations and legal effects thereof, in order to allow the Province to conform to its constitutional obligations? b
- (b) Can such orders in council, instruments or documents, as well as the rights, obligations and legal effects thereof, if invalid, be rendered valid retroactively, and if so by what means? c
5. Si la réponse à la quatrième question est affirmative relativement à l'un quelconque des types d'actes ou de documents qui y sont mentionnés, quels principes ou critères s'appliquent pour déterminer la mesure dans laquelle ces actes ou ces documents sont assujettis à l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*? a
6. a) Si les obligations imposées au Manitoba en vertu de l'art. 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* sont plus étendues que la pratique de la province, la période de validité temporaire établie dans l'ordonnance de cette Cour en date du 4 novembre 1985, peut-elle être étendue, ou une autre période peut-elle être établie, pour couvrir les décrets, actes et documents en question, de même que les droits, les obligations et les effets juridiques qui en découlent, afin de permettre à la province de se conformer à ses obligations constitutionnelles? b
- b) S'ils sont invalides, les décrets, actes et documents en question, de même que les droits, les obligations et les effets juridiques qui en découlent, peuvent-ils être validés rétroactivement; dans l'affirmative, par quels moyens? c

Richard Pilon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PILON

File No.: 21606.

1990: December 3; 1990: December 13.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.

APPLICATION TO QUASH AN APPEAL

Criminal law — Appeals to Supreme Court of Canada — Appeal as of right — Accused convicted of murder — Dissent in Court of Appeal not on question of law — Application to quash appeal granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

APPLICATION to quash an appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1989), 29 Q.A.C. 31, dismissing the accused's appeal from his conviction for murder. Application granted.

Jean-Claude Hébert, for the appellant.

Jean-François Dionne, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—The present petition seeks to have quashed an appeal entered as of right pursuant to s. 691(1)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that is on a question of law on which it is claimed a judge of the Court of Appeal dissents. In instructing the jury, the trial judge must explain the applicable law in a clear and accurate manner as it relates to the facts. In doing this, he must choose judiciously from the evidence presented to discuss particular points with which the jury might need help. It was in respect of this second task that the dissenting judge found the charge inadequate. By agreeing with the majority on all other points on appeal, he indicated that the trial judge had presented the law in an adequate way. His dissent was, thus, not on a question of law but on his appreciation of the adequacy of the facts selected

Richard Pilon *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

a

RÉPERTORIÉ: R. c. PILON

N° du greffe: 21606.

1990: 3 décembre; 1990: 13 décembre.

b

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin.

REQUÊTE EN ANNULATION DE POURVOI

c

Droit criminel — Appels à la Cour suprême du Canada — Pourvoi de plein droit — Accusé déclaré coupable de meurtre — Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit — Requête en annulation de pourvoi accordée — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)(a).

d

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)(a).

e

REQUÊTE en annulation d'un pourvoi contre un jugement de la Cour d'appel du Québec (1989), 29 Q.A.C. 31, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre. Requête accordée.

f

Jean-Claude Hébert, pour l'appellant.

Jean-François Dionne, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

g

LA COUR—La Cour est saisie d'une requête en annulation d'un pourvoi interjeté de plein droit selon l'al. 691(1)(a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soit sur une question de droit au sujet de laquelle un juge de la Cour d'appel serait dissident. Dans ses directives, le juge du procès doit expliquer au jury de façon claire et exacte le droit applicable aux faits de l'espèce. À cette fin, il doit choisir judicieusement dans la preuve les éléments utiles à la meilleure compréhension des questions particulières sur lesquelles le jury pourrait requérir des éclaircissements. C'est à l'égard de cette dernière tâche que le juge dissident a trouvé les directives insuffisantes. Par son accord avec la majorité du tribunal sur toutes les autres questions visées par le pourvoi, il a indiqué que le juge du procès avait expliqué le droit de façon

h

i

j

by the trial judge in performing the second task mentioned. The motion to quash the appeal is therefore granted.

Application granted.

Solicitor for the appellant: Jean-Claude Hébert, Montréal.

Solicitor for the respondent: Jean-François Dionne, Ste-Foy.

adéquate. Sa dissidence ne portait donc pas sur une question de droit mais plutôt sur son appréciation de la qualité du choix des faits par le juge du procès dans l'exécution du second volet de sa tâche. En conséquence, la requête en annulation de pourvoi est accueillie.

Requête accordée.

Procureur de l'appellant: Jean-Claude Hébert, Montréal.

Procureur de l'intimée: Jean-François Dionne, Ste-Foy.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

1. Judicial review – Jurisdiction – Labour Relations Board – Board granting successorship declaration where company carrying on business subject to union contract set up parallel company operating without a union – Whether the Board had jurisdiction to enquire into whether or not successorship had occurred – If so, whether the Board's exercise of its jurisdiction was patently unreasonable – The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 18.

LESTER (W.W.) (1978) LTD. v. UNITED ASSOCIATION OF JOURNEYMEN AND APPRENTICES OF THE PLUMBING AND PIPEFITTING INDUSTRY, LOCAL 740, 644.

2. Natural justice – Apprehension of bias – Waiver – Human rights tribunal – Appointment procedure – Whether failure to raise bias at outset of proceedings amounting to waiver.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. TAYLOR, 892.

APPEAL

Powers of appellate court – Whether Court of Appeal erred in departing from trial judge's findings of fact.

FLETCHER v. MANITOBA PUBLIC INSURANCE Co., 191.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Conflict of interest – Former junior solicitor for appellant joining law firm acting for respondent – Whether law firm may continue to act as solicitors of record for respondent – Test to be applied in determining whether disqualifying conflict of interest exists.

MACDONALD ESTATE v. MARTIN, 1235.

CIVIL RESPONSIBILITY

1. Abuse of contractual rights – Criteria – Type of liability: contractual or delictual – Liability to third parties – Civil Code of Lower Canada, arts. 1024, 1053.

HOULE v. CANADIAN NATIONAL BANK, 122.

2. Bank – Abuse of contractual rights – Liability to third party – Bank liquidating company's assets only three hours after demanding payment of company's loan – Bank aware at the time of shareholders' negotiations to sell their shares of company – Shares sold at reduced price following liquidation of company's assets – Shareholders suing bank for difference between value of shares before liquidation of company's assets and amount obtained from sale – Whether there has been an

CIVIL RESPONSIBILITY—Concluded

abuse by the bank of its contractual right to realize on its security – Whether shareholders have a right of action against the bank based on company's contract or on art. 1053 C.C.L.C.

HOULE v. CANADIAN NATIONAL BANK, 122.

COMPANY LAW

1. Lifting of corporate veil – Bank liquidating company's assets only three hours after demanding payment of company's loan – Bank aware at the time of shareholders' negotiations to sell their shares of company – Shares sold at reduced price following liquidation of company's assets – Shareholders suing bank for difference between value of shares before liquidation of company's assets and amount obtained from sale – Family business – Long-term financial relationship between bank and shareholders – Personal guarantees given by shareholders to secure company's loan – Whether shareholders have a right of action against bank for damage caused to company – Whether appropriate case to lift corporate veil.

HOULE v. CANADIAN NATIONAL BANK, 122.

2. Dividends – Discretionary dividend as declared and allocated at discretion of directors – Whether derogation of common law with respect to nature of shares or directors' duties – Whether permitted by Saskatchewan Business Corporations Act – Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, ss. 24(4), 40, 97, 234.

MCCLURG v. CANADA, 1020.

CONFLICT OF LAWS

Civil procedure – Judgments and orders – Recognition and enforcement of extraprovincial judgments – Respondents obtaining judgments in Alberta court against British Columbia resident for foreclosure and for deficiencies between value of property and amounts owing on mortgages – Whether or not Alberta judgments should be enforced by British Columbia court.

MORGUARD INVESTMENTS LTD. v. DE SAVOYE, 1077.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Perimeter search – Narcotics – Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds – Whether accused's right against unreasonable search and seizure infringed – If so, whether right subject to a reasonable limit prescribed by law – Narcotic Control Act, R.S.C.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

1970, c. N-1, s. 10 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

R. v. KOKESCH, 3.

2. Charter of Rights – Admissibility of evidence – Bringing administration of justice into disrepute – Police searching yard surrounding accused's house without warrant and without probable grounds – Warrant to search accused's house obtained pursuant to information gathered during perimeter search – Accused's right against unreasonable search and seizure infringed by warrantless perimeter search – Whether narcotics seized in accused's house during subsequent search undertaken pursuant to valid search warrant should be excluded – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(2).

R. v. KOKESCH, 3.

3. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization – Videotape entered into evidence – Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter – If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 8.

R. v. WONG, 36.

4. Charter of Rights – Unreasonable search and seizure – Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization – Videotape entered into evidence – Whether surreptitious video surveillance of hotel room by police without prior judicial authorization infringes s. 8 of the Charter – If so, whether admission into evidence of videotape would bring administration of justice into disrepute under s. 24(2) of the Charter – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 8, 24(2).

R. v. WONG, 36.

5. Charter of Rights – Applicability of Charter – Government – Whether university “government” so as to attract Charter review of policies – If so, whether mandatory retirement policy “law” – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

MCKINNEY v. UNIVERSITY OF GUELPH, 229.

6. Charter of Rights – Equality rights – Equality before the law – Age discrimination – Mandatory retirement at age 65 – Whether mandatory retirement policy “law” – If so, whether s. 15(1) of the Charter infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

MCKINNEY v. UNIVERSITY OF GUELPH, 229.

7. Civil rights – Age discrimination – Protection against age discrimination in employment not extending to those over 65 – Whether provision infringing s. 15 of the Charter – If so, whether justified under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 – Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 9(a).

MCKINNEY v. UNIVERSITY OF GUELPH, 229.

8. Charter of Rights – Applicability of Charter – Government – Whether or not university “government” so as to attract

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

Charter review of policies – If so, whether or not mandatory retirement policy “law” – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

HARRISON v. UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA, 451.

9. Charter of Rights – Equality rights – Equality before the law – Age discrimination – Mandatory retirement at age 65 – Whether or not mandatory retirement policy “law” – If so, whether or not s. 15(1) of the Charter infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15, 32.

HARRISON v. UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA, 451.

10. Civil rights – Age discrimination – Protection against age discrimination in employment not extending to those over 65 – Whether provision infringing s. 15 of the Charter – If so, whether justified under s. 1 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 15 – Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, ss. 1, 8(1).

HARRISON v. UNIVERSITY OF BRITISH COLUMBIA, 451.

11. Charter of Rights – Applicability of Charter – Government – Whether or not hospital “government” so as to attract Charter review of policies – If so, whether or not mandatory retirement policy “law” – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

STOFFMAN v. VANCOUVER GENERAL HOSPITAL, 483.

12. Charter of Rights – Equality rights – Equality before the law – Age discrimination – Mandatory loss of hospital privileges at age 65 unless competence proven – Whether or not mandatory retirement policy “law” – If so, whether or not s. 15(1) of the Charter infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

STOFFMAN v. VANCOUVER GENERAL HOSPITAL, 483.

13. Charter of Rights – Applicability of Charter – Government – Whether community college “government” so as to attract Charter review of policies – If so, whether mandatory retirement policy “law” – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. v. DOUGLAS COLLEGE, 570.

14. Charter of Rights – Equality rights – Equality before the law – Age discrimination – Mandatory retirement at age 65 – Whether mandatory retirement policy “law” – If so, whether s. 15(1) of the Charter infringed – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 32.

DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. v. DOUGLAS COLLEGE, 570.

15. Court of competent jurisdiction – Labour grievance – Arbitrator deciding constitutionality of provision as preliminary issue – Whether a court of competent jurisdiction – Whether jurisdiction to hear and determine grievance – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 15, 24(1).

DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. v. DOUGLAS COLLEGE, 570.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

16. Charter of Rights – Self-incrimination – Retrial – Cross-examination of accused at a new trial on his testimony given at a previous trial for purpose of impeaching his credibility – Whether cross-examination infringed s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. KULDIP, 618.

17. Charter of Rights – Freedom of expression – Hate propaganda – Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) – Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) – Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

R. v. KEEGSTRA, 697.

18. Charter of Rights – Presumption of innocence – Reverse onus provision – Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) – Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) – Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

R. v. KEEGSTRA, 697.

19. Charter of Rights – Reasonable limits – General approach to s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. KEEGSTRA, 697.

20. Charter of Rights – Freedom of expression – Hate propaganda – Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) – Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) – Whether s. 319(2) of Code infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

R. v. ANDREWS, 870.

21. Charter of Rights – Presumption of innocence – Reverse onus provision – Criminal Code prohibiting wilful promotion of hatred against identifiable groups (s. 319(2)) – Defence of truth to be established by accused on balance of probabilities (s. 319(3)(a)) – Whether s. 319(3)(a) of Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter.

R. v. ANDREWS, 870.

22. Charter of Rights – Freedom of expression – Hate messages – Federal human rights legislation prohibiting telephonic messages likely to expose a person or a group to hatred or contempt – Whether federal legislation infringes s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter – Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. TAYLOR, 892.

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

23. Charter of Rights – Reasonable limits – Federal human rights legislation prohibiting telephonic messages likely to expose a person or a group to hatred or contempt – Whether federal legislation too vague to constitute a limit prescribed by law – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 – Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1).

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) v. TAYLOR, 892.

24. Charter of Rights – Fundamental justice – Stay and recommencement of proceedings – Stay sought by Crown to avoid unfavourable ruling – Proceedings subsequently reinstated – Whether Crown's action violates s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

R. v. SCOTT, 979.

25. Charter of Rights – Fair trial – Stay and recommencement of proceedings – Stay sought by Crown to avoid disclosing identity of police informer – Proceedings subsequently reinstated – Whether accused denied right to make full answer and defence – Whether Crown's action violates s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

R. v. SCOTT, 979.

26. Division of powers – Federal work or undertaking – Labour relations – CN rail subdivision incorporated as intra-provincial railway – Railway continuing to transport grain and to deliver to CN and export network – Whether employees subject to federal or provincial labour legislation – Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.

UNITED TRANSPORTATION UNION v. CENTRAL WESTERN RAILWAY CORP., 1112.

27. Division of powers – Canadian maritime law – Torts – Injury resulting from pleasure craft striking rocks – Accident occurring in tidal waters – Scope of federal power over navigation and shipping – Constitution Act, 1867, s. 91(10).

WHITBREAD v. WALLEY, 1273.

28. Charter of Rights – Presumption of innocence – Accused presumed sane until contrary is proved – Insanity to be proved by accused on balance of probabilities – Whether s. 16(4) of Criminal Code infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms – If so, whether s. 16(4) justifiable under s. 1 of Charter.

R. v. CHAULK, 1303.

29. Language guarantees – Hearing to be held to determine certain constitutional questions arising from Supreme Court's order establishing minimum time period necessary for the translation, re-enactment, printing and publishing of Manitoba laws – Temporary validity of laws of Manitoba continued until judgment rendered but only as regards the matters raised in application.

RE MANITOBA LANGUAGE RIGHTS ORDER, 1417.

COSTS

Whether trial judge erred in awarding appellants costs on a solicitor and client basis.

FLETCHER V. MANITOBA PUBLIC INSURANCE CO., 191.

CRIMINAL LAW

1. Electronic video surveillance – Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization – Videotape entered into evidence – Whether video surveillance infringed Charter right to freedom from unreasonable search and seizure – If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter.

R. v. WONG, 36.

2. Homicide – Single transaction principle – Principle derived from first degree murder classification – Whether or not single transaction principle extends to manslaughter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 214(5).

R. v. KIRKNESS, 74.

3. Attempts – Party to offence – Common intent – Agreement to break and enter – One party sexually assaulting and murdering victim – Accused asking companion not to strangle victim but otherwise not preventing or dissociating self – Whether or not accused aiding and abetting crime of manslaughter – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(1), (2).

R. v. KIRKNESS, 74.

4. Telecommunications – Decoders – Decoders intended to access telecommunication facility without payment of lawful charge – Possession of pay television decoders by television repair shop – Use of decoder known – Section extending to warehousepersons who know intended use of decoder – Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 327(1).

R. v. FULOP, 695.

5. Abuse of process – Stay and recommencement of proceedings – Stay sought by Crown to avoid unfavourable ruling – Proceedings subsequently reinstated – Whether stay and recommencement of proceedings constituted abuse of process – Whether Crown's action violates s. 7 or s. 11(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 508.

R. v. SCOTT, 979.

6. Procedure – Witness appearing in courtroom after Crown's final submissions – Whether trial judge erred in refusing to hear evidence of witness where accused claiming to have been entrapped.

R. v. SCOTT, 979.

7. Defence – Entrapment – Manner in which entrapment claim should be dealt with by the courts.

R. v. SCOTT, 979.

CRIMINAL LAW—Concluded

8. Procedure – Witness failing to appear in court although served with subpoena – Whether trial judge erred in failing to issue material witness warrant.

R. v. SCOTT, 979.

9. Defences – Insanity – Person insane under s. 16(2) of Criminal Code if suffering from disease of the mind rendering him incapable of knowing act is wrong – Meaning of word “wrong” in s. 16(2) of Code.

R. v. CHAULK, 1303.

10. Defences – Insanity – Delusions – Whether s. 16(3) of Criminal Code constitutes independent insanity defence – Whether trial judge's instructions to jury adequate.

R. v. CHAULK, 1303.

11. Appeals to Supreme Court of Canada – Appeal as of right – Accused convicted of murder – Dissent in Court of Appeal not on question of law – Application to quash appeal granted – Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 691(1)(a).

R. v. PILON, 1422.

DAMAGES

Additional indemnity – Motion for additional indemnity filed in Supreme Court of Canada after prescribed time – Whether motion should be granted – Civil Code of Lower Canada, art. 1056c – Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 48 – Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rule 29.

HOULE V. CANADIAN NATIONAL BANK, 122.

EVIDENCE

1. Admissibility – Evidence obtained by electronic video surveillance conducted without authorization – Videotape entered into evidence – Admissibility of videotape – Whether video surveillance without authorization infringes s. 8 of the Charter – If so, whether or not it was justified by s. 1 of the Charter – Whether or not admission of evidence, if obtained in breach of the Charter, would bring administration of justice into disrepute.

R. v. WONG, 36.

2. Cross-examination – Self-incrimination – Retrial – Cross-examination of accused at a new trial on his testimony given at a previous trial for purpose of impeaching his credibility – Whether cross-examination infringed s. 13 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms or s. 5(2) of the Canada Evidence Act.

R. v. KULDIP, 618.

3. Privilege respecting police informers – Defence counsel seeking to question police officer as to identity of informer –

EVIDENCE—Concluded

Refusal by trial judge to permit disclosure of informer's identity – Whether accused denied right to make full answer and defence.

R. v. SCOTT, 979.

4. Rebuttal evidence – Crown adducing evidence of accused's sanity in rebuttal – Whether evidence of accused's sanity should have been adduced by Crown as part of its case-in-chief.

R. v. CHAULK, 1303.

INCOME TAX

Dividends – Attribution – Dividends declared and allocated to shareholders of a share class pursuant to discretion of directors – Other classes of shares not participating in dividend – Whether portion of dividend properly attributable to other classes of shares – Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 56(2).

McCLURG v. CANADA, 1020.

INSURANCE

Automobile insurance – Duty of insurer – Compulsory public automobile insurance plan – Appellants not having underinsured motorist coverage – Whether government-owned insurer obliged to inform its customers about all types of coverage available to them.

FLETCHER v. MANITOBA PUBLIC INSURANCE CO., 191.

LABOUR LAW

Jurisdiction – CN rail subdivision incorporated as intra-provincial railway – Railway continuing to transport grain and to deliver to CN and export network – Whether employees subject to federal or provincial labour legislation.

UNITED TRANSPORTATION UNION v. CENTRAL WESTERN RAILWAY CORP., 1112.

LABOUR RELATIONS

Unions – Successor rights – Company carrying on business subject to union contract setting up parallel company operating

LABOUR RELATIONS—Concluded

without a union – Whether Labour Relations Board may grant successorship declaration – The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, c. 64, s. 89(1).

LESTER (W.W.) (1978) LTD. v. UNITED ASSOCIATION OF JOURNEYMEN AND APPRENTICES OF THE PLUMBING AND PIPEFITTING INDUSTRY, LOCAL 740, 644.

MARITIME LAW

Scope – Torts – Injury resulting from pleasure craft striking rocks – Accident occurring in tidal waters – Whether limitations as to liability under Canada Shipping Act applicable – Canada Shipping Act, R.S.C. 1970, c. S-9, ss. 647, 649.

WHITBREAD v. WALLEY, 1273.

MUNICIPAL LAW

1. Municipal corporations – Applications for zoning by-laws – Bias or apprehended bias – Municipal councillor supporting rezoning application in private and subsequently voting in favour of it without revealing prior involvement – Whether councillor's conduct raised a reasonable apprehension of bias.

OLD ST. BONIFACE RESIDENTS ASSN. INC. v. WINNIPEG (CITY), 1170.

2. Planning – Official plan – Effect – City and district plans providing for residential development and park – Rezoning permitting condominium development – Whether proposed development conflicted with plans – City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, ss. 599, 609.

OLD ST. BONIFACE RESIDENTS ASSN. INC. v. WINNIPEG (CITY), 1170.

3. Zoning – Amendment – Procedure – Applicant for rezoning negotiating with municipality to purchase municipal lands and streets to be closed – Municipality approving sale to applicant before rezoning passed – Whether rezoning proper – City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, s. 609(1).

OLD ST. BONIFACE RESIDENTS ASSN. INC. v. WINNIPEG (CITY), 1170.

4. Zoning by-laws – Validity – Rezoning application brought by intended purchaser of municipal land's without city's authorization – Whether rezoning by-law invalid for failure to comply with statute and procedure – City of Winnipeg Act, S.M. 1971, c. 105, s. 609(1).

OLD ST. BONIFACE RESIDENTS ASSN. INC. v. WINNIPEG (CITY), 1170.

5. Municipal corporations – Public hearing on rezoning by-law – Bias or apprehended bias – Alderman favouring rezoning by-law stating publicly that he would attend public hearings

MUNICIPAL LAW—Concluded

but that he would not change his mind – Whether alderman's conduct raises a reasonable apprehension of bias – Whether alderman disqualified from voting on final reading of by-law – Validity of by-law – Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 956.

SAVE RICHMOND FARMLAND SOCIETY V. RICHMOND (TOWNSHIP), 1213.

TORTS

Negligence – Duty of care – Compulsory public automobile insurance plan – Appellants not having underinsured motorist coverage – Whether government insurer obliged to inform its customers about all types of coverage available to them – If so, whether insurer liable for failing to fulfil its duty.

FLETCHER V. MANITOBA PUBLIC INSURANCE Co., 191.

INDEX

APPEL

Pouvoirs d'une cour d'appel – La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en s'écartant des conclusions de fait du juge de première instance?

FLETCHER C. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE PUBLIQUE DU MANITOBA, 191.

ASSURANCE

Assurance-automobile – Obligation de l'assureur – Régime public et obligatoire d'assurance-automobile – Les appelants n'avaient pas souscrit la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés – L'assureur public avait-il l'obligation d'informer ses clients de tous les types de protection qu'ils pouvaient souscrire?

FLETCHER C. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE PUBLIQUE DU MANITOBA, 191.

AVOCATS ET PROCUREURS

Conflits d'intérêts – Entrée d'un avocat junior ayant agi pour l'appelant dans un cabinet agissant pour l'intimé – Le cabinet peut-il continuer à occuper pour l'intimé? – Critère à appliquer pour décider s'il existe un conflit d'intérêts rendant le cabinet inhabile.

SUCCESSION MACDONALD C. MARTIN, 1235.

DÉLITS CIVILS

Négligence – Obligation de diligence – Régime public et obligatoire d'assurance-automobile – Les appelants n'avaient pas souscrit la protection contre les automobilistes insuffisamment assurés – L'assureur public avait-il l'obligation d'informer ses clients de tous les types de protection qu'ils pouvaient souscrire? – Dans l'affirmative, l'assureur est-il responsable de ne pas avoir rempli son obligation?

FLETCHER C. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE PUBLIQUE DU MANITOBA, 191.

DÉPENS

Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accordant aux appelants leurs dépens comme entre procureur et client?

FLETCHER C. SOCIÉTÉ D'ASSURANCE PUBLIQUE DU MANITOBA, 191.

DOMMAGES INTÉRÊTS

Indemnité additionnelle – Demande d'indemnité additionnelle présentée en Cour suprême du Canada après les délais prescrits – Faut-il accueillir la demande? – Code civil du Bas-Canada, art. 1056c – Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 48 – Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 29.

HOULE C. BANQUE CANADIENNE NATIONALE, 122.

DROIT ADMINISTRATIF

1. Contrôle judiciaire – Compétence – Commission des relations du travail – La Commission a accordé une déclaration d'application de l'obligation du successeur à une société, qui exploite une entreprise assujettie à une convention collective, créant une société parallèle sans syndicat – La Commission avait-elle compétence pour examiner s'il y avait enquête sur la question de savoir s'il y avait application de l'obligation du successeur? – Le cas échéant, l'exercice par la Commission de sa compétence était-il manifestement déraisonnable? – The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 18.

LESTER (W.W.) (1978) LTD. C. ASSOCIATION UNIE DES COMPAGNONS ET APPRENTIS DE L'INDUSTRIE DE LA PLOMBERIE ET DE LA TUYAUTERIE, SECTION LOCALE 740, 644.

2. Justice naturelle – Crainte de partialité – Renonciation – Tribunal des droits de la personne – Procédure de constitution du Tribunal – L'omission de soulever la partialité au commencement de l'instance équivaut-elle à une renonciation?

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. TAYLOR, 892.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits – Fouille et saisie abusives – Perquisition périphérique – Stupéfiants – Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé – Le droit de l'accusé contre une fouille, une perquisition et une saisie abusives a-t-il été violé? – Dans l'affirmative, le droit est-il assujéti à une limite raisonnable prescrite par une règle de droit? – Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, ch. N-1, art. 10 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

R. C. KOKESCH, 3.

2. Charte des droits – Admissibilité de la preuve – Déconsidération de l'administration de la justice – Perquisition policière sans mandat et sans motifs probables du terrain entourant le domicile de l'accusé – Mandat de perquisition du domicile de l'accusé obtenu à la suite des renseignements recueillis au cours de la perquisition périphérique – Droit de l'accusé contre les

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

feuilles ou saisies abusives violé par la perquisition périphérique effectuée sans mandat – La preuve des stupéfiants saisis au domicile de l'accusé au cours de la perquisition ultérieure en application d'un mandat valide devrait-elle être écartée? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(2).

R. C. KOKESCH, 3.

3. Charte des droits – Fouille, perquisition et saisie abusives – Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation – Bande magnétoscopique produite en preuve – La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? – Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 8.

R. C. WONG, 36.

4. Charte des droits – Fouille, perquisition et saisie abusives – Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation – Bande magnétoscopique produite en preuve – La surveillance magnétoscopique effectuée subrepticement par la police dans une chambre d'hôtel sans autorisation judiciaire préalable viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? – Si oui, l'utilisation en preuve d'une bande magnétoscopique est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice au sens de l'art. 24(2) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 8, 24(2).

R. C. WONG, 36.

5. Charte des droits – Applicabilité de la Charte – Gouvernement – L'université fait-elle partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? – Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

MCKINNEY C. UNIVERSITÉ DE GUELPH, 229.

6. Charte des droits – Droits à l'égalité – Égalité devant la loi – Discrimination fondée sur l'âge – Retraite obligatoire à 65 ans – La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

MCKINNEY C. UNIVERSITÉ DE GUELPH, 229.

7. Libertés publiques – Discrimination fondée sur l'âge – Protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi ne s'étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans – La disposition viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? – Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 – Code des droits de la personne, 1981, L.O. 1981, ch. 53, art. 9a).

MCKINNEY C. UNIVERSITÉ DE GUELPH, 229.

8. Charte des droits – Applicabilité de la Charte – Gouvernement – L'université fait-elle partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

de la Charte? – Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

HARRISON C. UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, 451.

9. Charte des droits – Droits à l'égalité – Égalité devant la loi – Discrimination fondée sur l'âge – Retraite obligatoire à 65 ans – La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15, 32.

HARRISON C. UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, 451.

10. Libertés publiques – Discrimination fondée sur l'âge – Protection contre la discrimination fondée sur l'âge en matière d'emploi ne s'étendant pas aux personnes âgées de plus de 65 ans – La disposition viole-t-elle l'art. 15 de la Charte? – Dans l'affirmative, est-elle justifiée en vertu de l'article premier? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 15 – Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 1, 8(1).

HARRISON C. UNIVERSITÉ DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE, 451.

11. Charte des droits – Applicabilité de la Charte – Gouvernement – Un hôpital fait-il partie du gouvernement avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? – Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

STOFFMAN C. VANCOUVER GENERAL HOSPITAL, 483.

12. Charte des droits – Droits à l'égalité – Égalité devant la loi – Discrimination fondée sur l'âge – Perte automatique à 65 ans des privilèges accordés par un hôpital à moins de preuve de compétence – La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Dans l'affirmative, enfreint-elle l'art. 15(1) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

STOFFMAN C. VANCOUVER GENERAL HOSPITAL, 483.

13. Charte des droits – Applicabilité de la Charte – Gouvernement – Le collège communautaire fait-il partie du «gouvernement» avec la conséquence que ses politiques sont sujettes à révision en vertu de la Charte? – Dans l'affirmative, la politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. C. DOUGLAS COLLEGE, 570.

14. Charte des droits – Droits à l'égalité – Égalité devant la loi – Discrimination fondée sur l'âge – Retraite obligatoire à 65 ans – La politique de retraite obligatoire est-elle une «loi»? – Dans l'affirmative, y a-t-il violation de l'art. 15(1) de la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 32.

DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. C. DOUGLAS COLLEGE, 570.

15. Tribunal compétent – Grief – Décision préliminaire d'un arbitre sur la constitutionnalité d'une disposition – Est-ce

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

un tribunal compétent? – A-t-il compétence sur ce grief? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 15, 24(1).

DOUGLAS/KWANTLEN FACULTY ASSN. C. DOUGLAS COLLEGE, 570.

16. Charte des droits – Auto-incrimination – Nouveau procès – Contre-interrogatoire d'un accusé, au cours d'un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur dans le but d'attaquer sa crédibilité – Le contre-interrogatoire contrevient-il à l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. KULDIP, 618.

17. Charte des droits – Liberté d'expression – Propagande haineuse – Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) – Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3a)) – L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. KEEGSTRA, 697.

18. Charte des droits – Présomption d'innocence – Renversement du fardeau de la preuve – Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) – Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3a)) – L'article 319(3a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. KEEGSTRA, 697.

19. Charte des droits – Limites raisonnables – Façon générale d'aborder l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés.

R. C. KEEGSTRA, 697.

20. Charte des droits – Liberté d'expression – Propagande haineuse – Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) – Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3a)) – L'article 319(2) du Code viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. ANDREWS, 870.

21. Charte des droits – Présomption d'innocence – Renversement du fardeau de preuve – Fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables interdite par le Code criminel (art. 319(2)) – Moyen de défense de véracité à établir par l'accusé selon la prépondérance des probabilités (art. 319(3a)) – L'article 319(3a) du Code viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. ANDREWS, 870.

DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

22. Charte des droits – Liberté d'expression – Propagande haineuse – Loi fédérale sur les droits de la personne interdisant les messages téléphoniques susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris – La loi fédérale viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? – Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. TAYLOR, 892.

23. Charte des droits – Limites raisonnables – Loi fédérale sur les droits de la personne interdisant les messages téléphoniques susceptibles d'exposer une personne ou un groupe à la haine ou au mépris – La loi fédérale est-elle trop imprécise pour constituer une limite prescrite par une règle de droit? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 – Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, ch. 33, art. 13(1).

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. TAYLOR, 892.

24. Charte des droits – Justice fondamentale – Arrêt et reprise de procédures – Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable – Reprise subséquente des procédures L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

R. C. SCOTT, 979.

25. Charte des droits – Procès équitable – Arrêt et reprise de procédures – Arrêt demandé par le ministère public pour éviter la divulgation de l'identité d'un indicateur de police – Reprise subséquente des procédures – A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière? – L'action du ministère public viole-t-elle l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

R. C. SCOTT, 979.

26. Partage des pouvoirs – Ouvrage ou entreprise de compétence fédérale – Relations du travail – Subdivision ferroviaire de CN constituée en chemin de fer intraprovincial – Ce chemin de fer continue à transporter du grain et à le livrer au CN et au réseau d'exportation – Les employés sont-ils assujettis à la législation fédérale en matière de relations du travail ou à la législation provinciale? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.

TRAVAILLEURS UNIS DES TRANSPORTS C. CENTRAL WESTERN RAILWAY CORP., 1112.

27. Partage des compétences – Droit maritime canadien – Responsabilité délictuelle – Blessures résultant de la collision d'un bateau de plaisance avec des rochers – Accident survenu dans des eaux de marée – Étendue de la compétence fédérale sur la navigation et les expéditions par eau – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(10).

WHITBREAD C. WALLEY, 1273.

28. Charte des droits – Présomption d'innocence – Accusé présumé sain d'esprit jusqu'à preuve du contraire – Obligation

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

de l'accusé de prouver l'aliénation mentale selon une prépondérance des probabilités – L'article 16(4) du Code criminel viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? – Dans l'affirmative, l'art. 16(4) est-il justifiable en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. CHAULK, 1303.

29. Garanties linguistiques – Audition à tenir en vue de trancher certaines questions constitutionnelles découlant de l'ordonnance de la Cour suprême établissant le délai minimum requis pour la traduction, la réadoption, l'impression et la publication des lois du Manitoba – Maintien de la validité temporaire des lois du Manitoba jusqu'à ce qu'un jugement soit rendu mais seulement quant aux questions soulevées dans la requête.

ORDONNANCE RELATIVE AUX DROITS LINGUISTIQUES
AU MANITOBA, 1417.

DROIT CRIMINEL

1. Surveillance magnétoscopique – Preuve obtenue par une surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation – Bande magnétoscopique produite en preuve – La surveillance magnétoscopique viole-t-elle le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives? – Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte?

R. C. WONG, 36.

2. Homicide – Principe de l'affaire unique – Principe découlant de la catégorie des meurtres au premier degré – Le principe de l'affaire unique s'étend-il à l'homicide involontaire coupable? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 214(5).

R. C. KIRKNESS, 74.

3. Tentatives – Partie à une infraction – Intention commune – Entente sur l'introduction par effraction – Agression sexuelle et meurtre commis par une partie – L'accusé a demandé à son compagnon de ne pas étrangler la victime, mais sans l'en empêcher autrement ni s'en dissocier – L'accusé a-t-il aidé ou encouragé la perpétration de l'infraction d'homicide involontaire coupable? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1), (2).

R. C. KIRKNESS, 74.

4. Télécommunications – Décodeurs – Décodeurs destinés à avoir accès à des installations de télécommunication sans acquittement des droits exigibles – Possession de décodeurs de télévision payante par un atelier de réparation de téléviseurs – Usage connu d'un décodeur – Application de la disposition aux magasiniers au fait de l'usage projeté d'un décodeur – Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 327(1).

R. C. FULOP, 695.

5. Abus de procédure – Arrêt et reprise de procédures – Arrêt demandé par le ministère public pour éviter une décision défavorable – Reprise subséquente des procédures – L'arrêt et la reprise des procédures constituent-ils un abus de procédure? – L'action du ministère public viole-t-elle les art. 7 ou 11d) de

DROIT CRIMINEL—Fin

la Charte canadienne des droits et libertés? – Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 508.

R. C. SCOTT, 979.

6. Procédure – Arrivée d'un témoin dans la salle d'audience après l'exposé final du ministère public – Le juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant d'entendre la déposition du témoin alors que l'accusé prétendait avoir été piégé par la police?

R. C. SCOTT, 979.

7. Défense – Provocation policière – Façon dont les tribunaux devraient traiter d'une allégation de provocation policière.

R. C. SCOTT, 979.

8. Procédure – Non-comparution d'un témoin malgré la signification d'une assignation – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en refusant de décerner un mandat d'amener à l'endroit d'un témoin essentiel?

R. C. SCOTT, 979.

9. Moyens de défense – Aliénation mentale – Une personne est aliénée en vertu de l'art. 16(2) du Code criminel si elle est atteinte d'une maladie mentale qui la rend incapable de savoir qu'un acte est mauvais – Sens du mot «mauvais» à l'art. 16(2) du Code.

R. C. CHAULK, 1303.

10. Moyens de défense – Aliénation mentale – Idées délirantes – L'article 16(3) du Code criminel constitue-t-il un moyen de défense distinct d'aliénation mentale? – Les directives du juge du procès étaient-elles adéquates?

R. C. CHAULK, 1303.

11. Appels à la Cour suprême du Canada – Pourvoi de plein droit – Accusé déclaré coupable de meurtre – Dissidence en Cour d'appel ne portant pas sur une question de droit – Requête en annulation de pourvoi accordée – Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(1)a).

R. C. PILON, 1422.

DROIT DES COMPAGNIES

Levée du voile corporatif – Liquidation par la banque de l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt – Banque alors au courant des négociations entreprises par les actionnaires pour vendre les actions de la compagnie – Actions vendues à un prix réduit après la liquidation de l'actif de la compagnie – Poursuites intentées par les actionnaires contre la banque pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente – Entreprise familiale – Longues relations d'affaires entre la banque et les actionnaires – Prêt de la compagnie garanti personnellement par les actionnaires – Les actionnaires ont-ils un droit d'action contre

DROIT DES COMPAGNIES—Fin

la banque pour le préjudice causé à la compagnie? – Y a-t-il lieu de «lever le voile corporatif»?

HOULE C. BANQUE CANADIENNE NATIONALE, 122.

DROIT DES SOCIÉTÉS

Dividendes – Dividende discrétionnaire déclaré et réparti à la discrétion des administrateurs – Y a-t-il dérogation à la common law en ce qui concerne la nature des actions ou les obligations des administrateurs? – Cela était-il autorisé par la Business Corporations Act de la Saskatchewan? – Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 24(4), 40, 97, 234.

MCCLURG C. CANADA, 1020.

DROIT DU TRAVAIL

Compétence – Subdivision ferroviaire de CN constituée en chemin de fer intraprovincial – Ce chemin de fer continue à transporter du grain et à le livrer au CN et au réseau d'exportation – Les employés sont-ils assujettis à la législation fédérale en matière de relations du travail ou à la législation provinciale?

TRAVAILLEURS UNIS DES TRANSPORTS C. CENTRAL WESTERN RAILWAY CORP., 1112.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Procédure civile – Jugements et ordonnances – Reconnaissance et exécution des jugements d'une autre province – Obtention par les intimés de jugements d'un tribunal albertain contre un résident de la Colombie-Britannique visant la forclusion et l'obtention du montant par lequel les créances hypothécaires dépassaient la valeur des biens-fonds – Les jugements obtenus en Alberta devraient-ils être exécutés par un tribunal de la Colombie-Britannique?

MORGUARD INVESTMENTS LTD. C. DE SAVOYE, 1077.

DROIT MARITIME

Étendue – Responsabilité délictuelle – Blessures résultant de la collision d'un bateau de plaisance avec des rochers – Accident survenu dans des eaux de marée – Applicabilité des limitations de responsabilité prévues dans la Loi sur la marine marchande du Canada – Loi sur la marine marchande du Canada, S.R.C. 1970, ch. S-9, art. 647, 649.

WHITBREAD C. WALLEY, 1273.

DROIT MUNICIPAL

1. Municipalités – Demandes de règlements de zonage – Partialité ou crainte de partialité – Un conseiller municipal appuyé en privé une demande de modification de zonage et a subséquemment voté en faveur de la demande sans révéler sa participation antérieure – La conduite du conseiller soulève-t-elle une crainte raisonnable de partialité?

ASSOC. DES RÉSIDENTS DU VIEUX ST-BONIFACE INC. C. WINNIPEG (VILLE), 1170.

2. Urbanisme – Plan officiel – Effet – Aménagement résidentiel et parc prévus dans les plans de la ville et du district – Nouveau zonage permettant l'aménagement de condominiums – L'aménagement proposé contrevient-il aux plans? – City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 599, 609.

ASSOC. DES RÉSIDENTS DU VIEUX ST-BONIFACE INC. C. WINNIPEG (VILLE), 1170.

3. Zonage – Modification – Procédure – L'auteur d'une demande de modification de zonage négocie avec la municipalité l'acquisition de biens-fonds municipaux et de rues destinées à être fermées – Vente au requérant approuvée par la municipalité avant l'adoption du nouveau zonage – Régularité du nouveau zonage – City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 609(1).

ASSOC. DES RÉSIDENTS DU VIEUX ST-BONIFACE INC. C. WINNIPEG (VILLE), 1170.

4. Règlements de zonage – Validité – Demande de modification de zonage présentée par l'acquéreur prévu de biens-fonds municipaux sans autorisation de la ville – Le règlement portant modification de zonage est-il invalide pour cause de non-respect de la loi et de la procédure? – City of Winnipeg Act, S.M. 1971, ch. 105, art. 609(1).

ASSOC. DES RÉSIDENTS DU VIEUX ST-BONIFACE INC. C. WINNIPEG (VILLE), 1170.

5. Municipalités – Audience publique relative à un règlement modifiant le zonage – Partialité ou crainte de partialité – Un conseiller qui appuyait le règlement modifiant le zonage a déclaré publiquement qu'il serait présent aux audiences publiques mais qu'il ne changerait pas d'avis – La conduite du conseiller soulève-t-elle une crainte raisonnable de partialité? – Le conseiller était-il inhabile à voter lors de la lecture finale du règlement? – Validité du règlement – Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 956.

SAVE RICHMOND FARMLAND SOCIETY C. RICHMOND (CANTON), 1213.

IMPÔT SUR LE REVENU

Dividendes – Attribution – Dividendes déclarés et répartis entre les actionnaires d'une catégorie d'actions en vertu du pouvoir discrétionnaire des administrateurs – Les autres catégories

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

d'actions ne participaient pas au dividende – Une partie du dividende pouvait-elle légitimement être attribuée aux autres catégories d'actions? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 56(2).

MCCLURG C. CANADA, 1020.

PREUVE

1. Admissibilité – Preuve obtenue par surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation – Bande magnétoscopique produite en preuve – Admissibilité d'une bande magnétoscopique – La surveillance magnétoscopique effectuée sans autorisation viole-t-elle l'art. 8 de la Charte? – Si oui, était-elle justifiée par l'article premier de la Charte? – L'utilisation de la preuve obtenue en violation de la Charte est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice?

R. C. WONG, 36.

2. Contre-interrogatoire – Auto-incrimination – Nouveau procès – Contre-interrogatoire d'un accusé, au cours d'un nouveau procès, sur un témoignage rendu à un procès antérieur dans le but d'attaquer sa crédibilité – Le contre-interrogatoire contrevient-il à l'art. 13 de la Charte canadienne des droits et libertés ou à l'art. 5(2) de la Loi sur la preuve au Canada?

R. C. KULDIP, 618.

3. Privilège relatif aux indicateurs de police – Tentative de l'avocat de la défense d'interroger un agent de police quant à l'identité d'un indicateur – Refus du juge du procès d'autoriser la divulgation de l'identité de l'indicateur – A-t-on nié à l'accusé son droit à une défense pleine et entière?

R. C. SCOTT, 979.

4. Contre-preuve – Présentation de contre-preuve par le ministère public pour établir que les accusés sont sains d'esprit – La preuve relative à la santé mentale des accusés aurait-elle dû être présentée dans la preuve principale du ministère public?

R. C. CHAULK, 1303.

RELATIONS DE TRAVAIL

Syndicats – Droits du successeur – Une société continuant à exploiter une entreprise assujettie à une convention collective et créant une société parallèle sans syndicat – La Commission des relations du travail peut-elle reconnaître l'existence de l'obligation du successeur? – The Labour Relations Act, 1977, S.N. 1977, ch. 64, art. 89(1).

LESTER (W.W.) (1978) LTD. C. ASSOCIATION UNIE DES COMPAGNONS ET APPRENTIS DE L'INDUSTRIE DE LA PLOMBERIE ET DE LA TUYAUTERIE, SECTION LOCALE 740, 644.

RESPONSABILITÉ CIVILE

1. Abus de droits contractuels – Critères – Type de responsabilité: contractuelle ou délictuelle – Responsabilité envers des tiers – Code civil du Bas-Canada, art. 1024, 1053.

HOULE C. BANQUE CANADIENNE NATIONALE, 122.

2. Banques – Abus de droits contractuels – Responsabilité envers des tiers – Liquidation par la banque de l'actif d'une compagnie trois heures seulement après avoir demandé le paiement d'un prêt – Banque alors au courant des négociations entreprises par les actionnaires pour vendre les actions de la compagnie – Actions vendues à un prix réduit après la liquidation de l'actif de la compagnie – Poursuites intentées par les actionnaires contre la banque pour la différence entre la valeur des actions avant la liquidation de l'actif de la compagnie et le produit de leur vente – La banque a-t-elle abusé de son droit contractuel de réaliser sa garantie? – Les actionnaires ont-ils un droit d'action contre la banque en vertu du contrat conclu par la compagnie ou en vertu de l'art. 1053 C.c.B.-C.?

HOULE C. BANQUE CANADIENNE NATIONALE, 122.



If undelivered, return COVER ONLY to:
Canada Communication Group — Publishing
Ottawa, Canada K1A 0S9

En cas de non-livraison,
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :
Groupe Communication Canada — Édition
Ottawa, Canada K1A 0S9